Die

Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch.

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

ERLANGUNG DER DOCTORWÜRDE

GENEHMIGT

VON DER JURISTISCHEN FACULTÄT

DER

KÖNIGLICHEN FRIEDRICH-WILHELMS-UNIVERSITÄT ZU BERLIN

UND

ZUGLEICH MIT DEN ANGEHÄNGTEN THESEN

ÖFFENTLICH ZU VERTEIDIGEN

am 19. December 1895

VON

James Goldschmidt,

Kammergerichts-Referendar.

OPPONENTEN:

Hr. Dr. iur. et phil. Otto Köbner, Kammergerichts-Referendar.
- Wilhelm Dilloo, Kammergerichts-Referendar.
- Jacob Sieskind, Kammergerichts-Referendar.

Berlin.

Buchdruckerei von Gustav Schade (Otto Francke), Berlin N.

Linienstr. 158.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41535707_0055

Meinen lieben Eltern.

Disposition und Inhalt.

Seite

Einleitung: Rechtfertigung der Behandlungsweise 7

Erster Abschnitt: Geschichtliche Begriffsentwickelung.

A. Das delictum perfectum.

I. Menochius 9

II. Die gemeine deutsche Doktrin bis zum A. L. R. 11

B. Das delitto frustrato und das délit manqué.

I. Das delitto frustrato Romagnosis (vorläufige Feststellung) . . . 17

II. Das délit manqué 19

III. Verhältnis des delitto frustrato Romagnosis zum délit manqué . 22

IV. Delitto frustrato und tentativo, délit manqué und tentative . . 23

V. Verhältnis des delitto frustrato (mancato) und des délit manqué zum delictum perfectum 26

C. Der beendigte Versuch, ein Produkt des delictum perfectum und des délit manqué.

I. Weiterentwickelung des delictum perfectum in seiner Reinheit . 28

II. Allmähliche Beeinflussung durch das délit manqué 33

III. Sieg des französischen Prinzips 37

IV. Emanzipationsversuche 38

Zweiter Abschnitt: Reichsgesetzgebung, neueste Doktrin und Ergebnis.

I. Das R. Str. G. B. und der Entwurf einer Novelle von 1876 . . 41

II. Neueste Doktrin 45

III. Überblick und Ergebnis der gesamten Entwickelung 49

Dritter Abschnitt: Dogmatische Ausführungen.

I. Feststellung des Unterschiedes und Definition 53

II. Die Stufe des beendigten Versuchs im Verhältnis zu den verschiedenen Versuchstheorieen 55

III. Folgen aus diesem Verhältnis für die anzunehmende Formel . . 57

IV. Prozessuale Seite unseres Unterschiedes; Verhältnis zur Anstiftung 61

V. Aufstellung eines Systems; über dessen Aufnahme in das R. Str. G. B. 26

Einleitung.

„Wer den Entschluss, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen.“

So definiert das R.Str.G.B. im § 43 den „Versuch“.

Auf den ersten Blick erscheinen uns als wesentliche Bestandteile des Versuchsbegriffs nach heutigem deutschen Reichsrecht:

1. Anfang der Ausführung,
2. Nichtvollendung des beabsichtigten Verbrechens.

Das erste Merkmal bezeichnet positiv den Anfangspunkt, das zweite negativ den Endpunkt des Versuchs.

Seit langer Zeit haben nun Wissenschaft und Gesetzgebung danach gestrebt, innerhalb des so abgegrenzten Stadiums der verbrecherischen Thätigkeit auch noch Grade oder Stufen zu unterscheiden. Die darauf gerichteten Bestrebungen waren die verschiedenartigsten, je nach den Gesichtspunkten, die man den Einteilungen zu Grunde legte.

Von diesen Gradationen finden wir anscheinend keine mehr in unserm R.Str.G.B. Und in der That würden wir vergeblich nach irgend einer direkten, positiven darauf hinauslaufenden Bestimmung suchen.

Nun lautet aber der § 46:

„Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter

1. die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder
2. zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.“

Diesem Paragraphen liegt allerdings noch eine Zergliederung des Versuchsbegriffes zu Grunde, es ist die in unbeendigten und beendigten Versuch.

Der § 46 ist verhältnismässig nur ein schwacher Niederschlag einer langen Entwickelung, und nicht deren reifste Frucht. Er war eher ein Schritt zum Verzicht auf die ganze Unterscheidung als ein Ausbau derselben.

Daher ist es ganz unmöglich, in dogmatischer Anknüpfung an das heute geltende Reichsrecht, dem Wesen des beendigten Versuchs und seinem Unterschiede vom unbeendigten auf den Grund zu kommen. Nur eine geschichtliche Entwickelung kann Aufschluss über Natur und Inhalt dieser Begriffe geben, nur sie vermag, die sich an unser Problem knüpfenden Streitfragen zu erklären und schliesslich das einer heutigen Dogmatik noch bleibende Gebiet abzuschichten.

Danach ergiebt sich denn auch der Gang unserer Darstellung: der Verfasser will vor allem in einem längeren geschichtlichen Teile den Bestandteilen nachgehen, welche sich in dem heutigen Begriffe des beendigten Versuchs finden, sodann in einem zweiten der Behandlung gedenken, welche jener Begriff in unserer Reichsgesetzgebung und neueren Doktrin erfahren hat, um schliesslich in einem letzten das verhältnismässig kleine Gebiet zu durchwandern, welches noch einer dogmatischen Bearbeitung harrt.

Erster Abschnitt.

Geschichtliche Begriffsentwickelung.

A. Das delictum perfectum.

I. Menochius.

Derjenige, welcher den Begriff des beendigten Versuchs zum ersten Male in der Wissenschaft aufbringt, ist unzweifelhaft Jacobus Menochius[1]) (geboren 1532 zu Pavia, gestorben 1607). In seinem Werke: de arbitrariis judicum quaestionibus et causis sagt er, im

[1]) Weder im römischen, noch im altdeutschen Recht finden wir eine systematisch begriffliche Bestimmung des Versuchs. Um so weniger kann von einer Abstufung des Versuchsbegriffs die Rede sein. Vgl. f. d. römische Recht: Hälschner, preussisches Strafrecht, I. 1858, S. 174; Seeger, Ausbildung der Lehre v. Versuch in d. Wissenschaft des Mittelalters, Tübingen 1869; Cropp, de praeceptis juris Romani circa puniend. conat., sect. I, t. 3; Lelièvre, de conat. delinqu. p. 38 ff.; Zachariä, Versuch d. Verbrechen, Göttingen 1839, I. S. 185 ff. Die bisweilen angeführten Stellen l. 17 § 1 D. de aedilic. ed. 21, 1 und l. 66 D. de furtis 47, 2 handeln nicht vom beendigten Versuch, sondern vom vollendeten Verbrechen. Ebensowenig ist l. 5 § 7 C. ad legem Jul. maj. 9, 8 beweiskräftig. — Für das deutsche Recht vgl. Brunner, Rechtsgesch. II, § 127.

Eine generelle Abstraktion des Versuchsbegriffes bringt erst die mittelalterliche italienische Doktrin. Vergl. darüber: Seeger, a. O. S. 13 ff.; Savigny, Geschichte d. röm. Rechts im Mittelalter, VI, S. 60 ff.; Geib, Lehrb. 1862, II. S. 296. Auch eine Gradation des nunmehr gewonnenen Begriffes wird unternommen; es ist die in conatus remotus und proximus, welche rein quantitativ das äusserliche Fortschreiten der Handlung markiert. Daran hält auch noch Clarus (1525—1575) fest; vgl. Rec. sent. lib. V. qu. 92. Luden, über d. Versuch d. Verbrechen, Göttingen 1836, S. 418 behauptet allerdings, schon die Glosse kenne den Begriff des beendigten Versuchs. Er bezieht sich dafür auf eine Stelle ad l. 66 (65) D. de furtis 47, 2: „Si processum est ad actum: si quidem *consummatus* est et *perfectus* (sc. actus), non potest postea paenitere, ut evitet poenam. Si autem actus non *consummatus* est nec *perfectus:* si quidem quia noluit, sed potuit, licet paenitere, et non incidit in poenam". Luden sieht hier

Verlaufe seiner Auseinandersetzung[2]) über den conatus, folgendes: „Cum actui multum proximus factus est, ut quando ex latere huius enitentis delinquere nihil agendum superest ad criminis perfectionem: tunc conatus in se nomen *„delicti perfecti“* habet. . . . . Fit exemplum, in propinante alteri venenum causa homicidii, quod quidem venenum is bibit, sed ad mortem non nocuit propter adhibita medicamenta: hoc in casu conatus iste omnino punitur, sive in atroci, sive in levi crimine adhibitus sit. Hic enim, quantum in se fuit, homicidium perpetravit.“

Der Zweck Menochs ist offenbar, einen qualifizierten Grad des Versuchs zu schaffen, der bei allen[3]) Delikten strafbar ist.

Dieser qualifizierten Art der pönalen Behandlung entspricht aber auch ein besonderer krimineller Charakter. Schon bei Menoch finden wir den qualitativen Unterschied, welcher das delictum perfectum von dem gesamten übrigen Herrschaftsbereich des conatus trennt: der Thäter hat — quantum in se fuit — die That vollbracht[4]). Damit ist die Lage qualitativ verändert; denn nun ist ein

---

in dem *actus perfectus* bereits das spätere *delictum perfectum*, wohl mit Unrecht. In der Glossenstelle bedeuten die Ausdrücke: *actus consummatus et perfectus*, nichts als eine Tautologie, was schon — wie Zachariä a. O. II. S. 10, Anm. 3 richtig bemerkt — daraus hervorgeht, dass das Wort „consummatus“ dem Worte „perfectus“, als das scheinbar Schwächere, vorangestellt ist. Derselben Ansicht und gegen Luden sind auch Wächter, Lehrb. des Strafrechts, I. § 85, Note 69, S. 142, und Rosshirt, Entwickelung der Grundsätze, S. 323.

[2]) a. O. lib. II. casus 360, No. 20. Hier wird nach der Kölner Ausgabe von 1599 citiert. Das Werk wurde jedoch 1684 ebendaselbst neu aufgelegt. Vgl. über Menoch auch den von Berner in seinem Aufsatz im Gerichtssaal, 1865, XVII, S. 102 citierten Nettelbladt, Initia histor. litterar. ed. 2, Hal. 1774, p. 108, 109.

[3]) Das röm. Recht straft nämlich den Versuch i. d. R. nur bei den crimina publica, nicht aber bei den delicta privata; letzteres wohl, weil die Strafe zumeist in einem Vielfachen des zugefügten Schadens bestand, ein solcher aber, wenn es beim Versuch geblieben war, nicht vorlag. Menoch will nun, dass sein neu geschaffenes delictum perfectum sowohl bei den crimina atrocia, als auch bei den crimina levia gestraft werde.

[4]) Das Opfer hat hier das Gift schon getrunken. Zum ersten Male würden, bei einer Erläuterung dieser Stelle Menochs, die objektive und die subjektive Theorie auf einander platzen, m. a. W.: Ist es nötig — wie z. B. später Carrara fordert —, dass das Opfer das Gift schon getrunken habe, damit „beendigter Versuch“, resp. „delictum perfectum“ vorliege, oder ist dies nicht erforderlich, wenn nämlich der Thäter schon das Mischen des Giftes für ausreichend hielt? Oder hat endlich eine Mittelmeinung (Breidenbach, Kommentar z. hess. Str. G. B., II. S. 173; auch Romagnosi, Weber, Hufnagel, v. Liszt, L. Cohn u. a.) recht, welche je nach den Umständen entscheiden will, ob zur Konstituierung des

Rücktritt im strengen Sinne des Wortes, d. h. ein Haltmachen des Thäters, unmöglich geworden. Ein negatives Verhalten des Thäters von diesem Zeitpunkt ab würde seine Strafbarkeit und — einen normalen Verlauf vorausgesetzt — den Eintritt des Erfolges nicht mehr hindern können; er müsste schon aktiv eingreifen, seine Handlungen sozusagen zurückschneiden, wollte er deren Gefährlichkeit beseitigen.

Darin liegt das Eigenartige des Menochschen Begriffs vor allen voraufgehenden Versuchsstufen. Jedenfalls aber — und daran müssen wir festhalten — ist bei Menochius das sog. delictum perfectum nur die höchste Spitze des conatus proximus; er nennt es ausdrücklich: „conatus actui multum proximus“ und ist weit davon entfernt, unter Verzichtleistung auf die althergebrachte Einteilung in conatus remotus und proximus, das Kriterium seines delictum perfectum etwa einer neuen Versuchseinteilung zu Grunde legen zu wollen.

Menochius behält die alte Einteilung ruhig bei und hebt nur innerhalb des conatus proximus als besondere Erscheinungsform desselben das delictum perfectum hervor.

II. Die gemeine deutsche Doktrin bis zum A.L.R.

Dass die deutsche Theorie und Praxis sich an die italienische Wissenschaft angeschlossen haben, geht bekanntlich aus der Entstehungsgeschichte der beiden Kodifikationen des 16. Jahrhunderts, der Bambergensis und der Carolina, hervor.

Nun sind aber diese beiden Gesetzbücher lange vor Menochius — dessen Werk ja erst 1599 erschien — entstanden und können daher selbstverständlich nichts von einem delictum perfectum wissen. Anders dagegen schon die sich an die Carolina anschliessende Wissenschaft, bei der wir eine auffällige terminologische Verschiebung finden.

So versteht z. B. Benedict Carpzow (1595—1666)[5] unter „actus proximus“ den Fall „quando delinquens a sua parte et quanto in ipso est delictum consummavit“. Ganz ähnlich spricht J. S. F. Böhmer

beendigten Versuchs das Trinken des Giftes verlangt werden müsse? Die Entscheidung darüber bleibt späteren Erörterungen vorbehalten, welche generell und deduktiv auch für den Fall des Vergiftungsversuches anwendbar sein werden; diesen besonders zu betrachten, liegt kein Grund vor. Menoch scheint übrigens der Normalfall vorzuschweben, dass der Giftmischer seinen Gegner erst durch besondere Thätigkeit zum Trinken veranlassen musste.

[5]) Pract. criminal. qu. II. no. 55 und qu. XVII. no. 18 ff.

(† 1772)[6]) von dem schwersten Fall des Versuchs der delicta atrociora: „si modo reus a sua parte omnia ad consummandum scelus direxit, etsi eventus non successit, sive quod fatum illum impediverit, sive quod reus ex errore persuasus ab ultimo actu destiterit".

M. a. W., wir haben hier wieder das delictum perfectum des Menochius vor uns, nur wird dieser Terminus nicht genannt, sondern sowohl Carpzow, als auch Böhmer sprechen von „actus", resp. „conatus proximus". Sie legen also der hervorragendsten Spezies den Namen des Genus bei.

Ähnliche Ausführungen finden wir auch bei Koch[7]): „Id autem legibus contrarium puto, statuere, eum, qui, quantum in se fuit, crimen perficere annisus est, ordinaria poena, si capitalis est, adficiendum esse". An einer andern Stelle[8]) geht Koch dagegen auf der Skala des Versuchs nur bis zu einem delictum imperfectum herauf, als dessen Charakteristikum er verlangt „quod ipse actus, ad consummandum delictum ultimus .... non successit". Eine systematische Gegenüberstellung aber des delictum perfectum und des conatus proximus finden wir bei Koch ebensowenig wie bei Carpzow und Böhmer, und es ist daher nicht richtig, wenn Hälschner[9]) bei Koch die erste systematische Einführung des delictum perfectum in Deutschland sehen will.

Es drängt sich uns unwillkürlich die Frage auf, ob wohl Carpzow, Böhmer und Koch die einschlägige Stelle des Menochius gekannt haben mögen. Allgemeine rechtsgeschichtliche Gründe und die Übereinstimmung der Definitionen[10]) scheinen dafür zu sprechen. Dagegen sprechen einmal der Umstand, dass der Name „delictum perfectum" bei den deutschen Praktikern nicht vorkommt (bei Koch allerdings negativ) und ferner, dass Klein, welcher 1795 das delictum perfectum in die deutsche Wissenschaft einführt, überhaupt nicht zu wissen scheint, dass dieser Name schon vor ihm einmal gebraucht worden sei.

Es ist also nicht unbedingt notwendig, eine Kontinuität zwischen Menochius und der deutschen Wissenschaft anzunehmen, so viele Gründe auch dafür sprechen mögen. Was jedenfalls mit Bestimmtheit behauptet werden kann, ist, dass Carpzows, Böhmers und Kochs

[6]) Meditt. in C.C.C. art. 178 § 9.
[7]) Instit. jur. crim., Jena 1770, § 89.
[8]) a. O. § 26.
[9]) Preuss. Strafrecht I, S. 204; richtig dagegen Zachariä, a. O. II, 161.
[10]) „Quantum in se fuit" = „quanto in ipso est" u. s. w.

Begriffe im wesentlichen mit dem Menochs übereinstimmen, und, was noch wichtiger erscheint, dass dieser Begriff bei allen dieselbe Stufe im Gradationssysteme einnimmt[11]).

Nachdem nun einmal Menochs Begriff in Deutschland Eingang gefunden hatte, liess auch der Name nicht mehr lange auf sich warten; ihn finden wir zuerst bei Klein[12]), welcher ausführt:

„Die Quantität des Verbrechens und der Strafen in Beziehung auf den Fortschritt des Vorsatzes zur Wirkung hat folgende Stufen:

I. Die zum Begriff des Verbrechens erforderliche Handlung ist vollendet:

1. der Wirkung nach, *consummatum*, vollbracht,
2. in Rücksicht auf die That, aber nicht in Ansehung der Wirkung, *perfectum*, geendigt.

II. Ist die Handlung nicht vollendet, so wird sie für unternommen geachtet, sobald der Vorsatz, sie zu vollziehen, in eine äusserliche Handlung ausgebrochen ist. Dies heisst conatus in sensu latiori:

1. der Verbrecher war schon in der letzten zur Vollendung des Verbrechens erforderlichen Handlung begriffen, crimen inchoatum,
2. er hat eine bloss vorbereitende Handlung unternommen, „delictum attentatum".

Die vorstehende Stelle ist in mehr als einer Hinsicht bemerkenswert:

1. Man vermisst die alten Ausdrücke „conatus remotus und proximus"; indessen fehlen nur die Namen; denn dass die neue Terminologie delictum attentatum und crimen inchoatum nichts anderes ist als conatus remotus und proximus, das berichten uns zeitgenössische Schriftsteller[13]).

[11]) Durch Böhmers Definition, welcher an einer andern Stelle noch hinzufügt: „quantum ad consummandum delictum necessarium *putavit*", scheint ein subjektives Moment eingedrungen zu sein. Dies ändert jedoch nichts an der Identität des Begriffes, wenn es auch für die Folge von Bedeutung ist.

[12]) Grundsätze d. peinl. Rechts, Halle 1795 (2. Ausg. 1799), § 145.

[13]) Diese Ausdrücke finden sich in derselben Bedeutung schon bei Koch, a. O. § 26; vgl. auch Meister, principia jur. criminalis § 37, dessen Erklärung mit Kleins Sprachgebrauch übereinstimmt. Bemerkenswert ist übrigens die mangelnde terminologische Sicherheit, welche zum conatus remotus bald Vorbereitungshandlungen rechnet, bald nicht. Am auffälligsten tritt das in der von Zachariä, a. O. II, S. 22 Anm. 4 citierten Stelle des Renazzi, element. jur. crim. I, Kap. 4 § 10, hervor. Mittermaier, N. Arch. d. Kriminalrechts IV, S. 1 ff., erklärt indessen ausdrücklich, dass im conatus remotus keine Vorbereitungshandlungen stecken.

2. Das sog. delictum perfectum ist ganz von dem Begriffe des conatus, und damit von dem des conatus proximus getrennt und unter den Begriff des „mit Rücksicht auf die That, aber nicht in Ansehung der Wirkung geendigten Verbrechens“ gestellt.

Damit ist ein Grundprinzip gewonnen. Das delictum perfectum erscheint nun nicht mehr als die höchste Spitze des conatus proximus, sondern tritt ihm als Gegensatz gegenüber, und zwar nicht nur dem conatus proximus, sondern überhaupt dem conatus.

Letzteres wird besonders von Zachariä[14]) lebhaft getadelt. Dieser verwirft „die Benennung und Zusammenstellung des mit dem Ausdruck delictum perfectum bezeichneten Falles unter einem Einteilungsgliede mit dem vollbrachten oder konsummierten Verbrechen, wodurch derselbe auf eine in der That unzulässige Weise dem Versuch gegenübergestellt oder davon losgerissen, und leicht eine unrichtige Vorstellung über die Strafwürdigkeit desselben veranlasst wird. So lange noch nicht alles geschehen oder bewirkt worden ist, was zum gesetzlichen Begriffe des Verbrechens gehört, ist letzteres bloss versucht, und ein Mittelglied zwischen Versuch und Vollendung giebt es nicht.“

Zachariäs Ausführungen können nicht genug hervorgehoben werden, denn er hat damit auf eine Gefahr aufmerksam gemacht, welche dem deutschen Sprachgebrauch drohte. Eine solche liegt nämlich in der Verkennung des deutschen Ausdrucks „Versuch“. Wir Deutschen verstehen unter „Versuch“ die Gesamtheit aller zur Ausführung gelangten verbrecherischen Handlungen, vorausgesetzt nur, dass ihnen die Spitze, d. h. der gewollte Erfolg fehlt[15]).

Der Name „delictum perfectum“ muss Klein verführt haben, diese Stufe aus dem Konat auszuscheiden und bei dem Delikt unterzubringen[16]).

Jedenfalls hatte das delictum perfectum ein unglückliches Schicksal. Aus seiner Stellung als Unterglied des conatus proximus, wohin es nicht passte, befreit, wurde es ganz vom Versuchsbegriff abgelöst und unter den Deliktsbegriff gebracht, wohin es noch weniger passte.

Trotz dieser falschen Stellung, die er dem delictum perfectum

---

[14]) a. O. II, S. 24.

[15]) Dass der italienische resp. französische Sprachgebrauch bezüglich der Worte tentativo, bezw. tentative um vieles schwankender ist und diese Ausdrücke oft weit enger fasst, wird weiter unten gezeigt werden.

[16]) Über die weiteren Schicksale dieses Namens vgl. unten S. 28 ff.

angewiesen, gebührt Klein doch der Ruhm, die Individualität des delictum perfectum zum ersten Male unzweideutig markiert zu haben[17]).

Schon ein Jahr früher als Kleins Werk wird das A.L.R. publiziert[18]), dessen § 40, II 20 lautet:

„Hat der Thäter zur Vollziehung des Verbrechens von seiner Seite alles gethan; die zum Wesen der strafbaren Handlung erforderliche Wirkung aber ist durch einen blossen Zufall verhindert worden, so hat er diejenige Strafe, welche der ordentlichen am nächsten kommt, verwirkt[19])."

Der § 40 A.L.R. enthält begrifflich bereits das delictum perfectum, ohne jedoch dessen Namen aufzuweisen. Weiterhin entnehmen wir dem Wortlaut der citierten Bestimmung, dass das A. L. R. das delictum perfectum auf das Gebiet der sog. „materiellen" Delikte[17]) beschränkt, was sich eigentlich schon aus der objektiven Fassung („hat der Thäter . . . . alles gethan") von selbst versteht[20]).

[17]) Es muss hier zuerst der Einteilung der Delikte in „materielle" und „formale" gedacht werden, je nachdem der gesetzliche Thatbestand den Eintritt eines äussern Erfolges fordert oder nicht. Diese Unterscheidung hat in der gemeinrechtlichen Doktrin — wie sich noch zeigen wird — eine grosse Rolle gespielt. Es sei dem Verfasser gestattet, dieselbe im geschichtlichen Theile beizubehalten, ohne jedesmal erst einen Protest gegen ihre innere Berechtigung und die daran geknüpften Folgen einlegen zu müssen. Über ihr endgültiges Schicksal vgl. unten S. 58 Anm. 9. Klein hat anscheinend diese Scheidung seinem System stillschweigend zu Grunde gelegt. Notwendig ist dies allerdings nicht; denn man kann unter „der Wirkung nach vollbracht" gerade so gut den Eintritt eines äussern Erfolges, als auch das Vorhandensein aller zum gesetzlichen Thatbestande erforderlichen Merkmale verstehen.

[18]) Citiert nach d. neuen Aufl., Berlin 1832.

[19]) Vgl. auch A. L. R. II 20, § 43: „Wer aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens absteht und dabei solche Anstalten trifft, dass die gesetzwidrige Wirkung garnicht erfolgen kann, . . . kann auf Begnadigung Anspruch machen". Es wäre wohl logisch richtiger gewesen, die beiden Wege, welche zur Straflosigkeit führen, scharf zu trennen.

[20]) Vgl. Zachariä in Goldtammers Archiv, V, S. 585, welcher auch der Ansicht ist, dass das A. L. R. a. O. den untauglichen Versuch nicht zum delictum perfectum rechne, da bei untauglichem „der Thäter nicht alles Seinige gethan habe. Da nun aber der untaugliche Versuch für die formalen Delikte die einzige mögliche Erscheinungsform des delictum perfectum sei, so seien diese naturgemäss von dessen Bereich ausgeschlossen". Strenggenommen kann auch bei dem delictum perfectum der sog. materiellen Delikte der Thäter nicht „alles Seinige" gethan haben; vgl. darüber unten S. 58 Anm. 9; doch sei es dem Verfasser

So ist denn das A.L.R. für unsere Lehre von entscheidender Bedeutung, da es das erste deutsche Gesetzbuch ist, welches sich den neuen Begriff aneignet[21]).

Die Beziehungen Kleins zum A.L.R. sind bekannt[22]), so dass der Streit müssig ist, ob das A.L.R. aus Klein[23]), oder Klein aus dem A.L.R.[24]) geschöpft habe.

Das Verhältnis Kleins zu Menoch dagegen ist ein ebenso unaufgeklärtes, wie das Carpzows und Böhmers zu jenem italienischen Kriminalisten. Aber auch für Klein besteht bezüglich der Identität seines Begriffs mit dem Menochs, Carpzows, Böhmers und Kochs kaum ein Zweifel, während dagegen hier die Identität der Rangstellung eben dieses Begriffes mit der bei den Vorgängern geleugnet werden muss. Jedoch ist die Verschrobenheit der Stellung des Kleinschen delictum perfectum für die Folgezeit in der deutschen Wissenschaft von keiner so grossen Bedeutung gewesen, als man hätte annehmen sollen. Das wird sich noch weiter unten zeigen.

Ehe es aber möglich ist, die Schicksale des delictum perfectum in der deutschen Theorie und Praxis weiter zu verfolgen, ist es erforderlich, auf eine sich ganz neu und selbständig bildende Lehre in Italien und Frankreich einzugehen.

gestattet, sich im geschichtlichen Teile auf eine einfache Darstellung jener zum Teil veralteten Ansichten zu beschränken.

[21]) Die constitutio crim. Theresiana von 1768 hat im art. 13 § 3 in der Wiener Ausg. v. 1769 S. 26 am Rande noch die veraltete Terminologie, u. a. auch des conatus proximus. Begrifflich versteht sie jedoch darunter, wie Carpzow und Böhmer, offenbar die Menochsche Versuchsstufe.

[22]) Vgl. Förster-Eccius, preuss. Privatrecht I S. 8; Weber, N. Arch. f. Kriminalrecht IV S. 32; Allg. jur. Monatsschrift f. d. preuss. Staaten XI, 11, S. 199 u. s. w.

[23]) So Zachariä a. O. II § 168.

[24]) So Weber a. O. S. 24 ff. und Hälschner a. O. S. 204. Letzterer aber, konsequent seiner Ansicht, dass nicht Klein, sondern Koch zuerst eine systematische Aufstellung des delictum perfectum in Deutschland gegeben habe, behauptet, dass das A. L. R. aus Koch schöpfe. Dies ist aber nicht mit Sicherheit anzunehmen; denn begrifflich, wenn auch namenlos, finden wir das delictum perfectum bekanntlich schon bei Carpzow und Böhmer. Eine Sonderstellung nimmt Koch durchaus nicht ein, im Gegenteil, seine Darstellung lässt Klarheit vermissen. Das A. L. R. nimmt gewissermassen eine Zwischenstufe zwischen der älteren Theorie und Klein ein, es hat den Begriff des delictum perfectum ohne dessen Namen, es hat aber wenigstens nicht den falschen Namen „conatus proximus“.

B. Das delitto frustrato und das délit manqué.

1. Das delitto frustrato Romagnosis (vorläufige Feststellung).

Im Jahre 1791 erschienen zum ersten Male zu Pavia die Genesi del diritto penale von Giandomenico Romagnosi (geb. 1774 zu Salso im Herzogtum Piacenza)[1]).

In diesem Werke[2]) widmet der Verfasser eine ausführliche Behandlung der Lehre von dem „delitto frustrato".

Er sagt daselbst: „Non bisogna confondere il conato al delitto col delitto andato a voto, e che appellar si potrebbe un delitto frustrato."

Was Romagnosi unter „delitto frustrato"[3]) versteht, sagt er uns selber[4]):

„Il delitto frustrato è l'esecuzione ragionata e libera di un atto fisico esterno o semplice, o complesso, dai cui *d'ordinario* deriva un effetto ingiustamente nocivo altrui, spinta per quanto si può all' estremo, alla quale l'accidente, o sia il caso, impedisca di ottenere questo stesso effetto, ed in quanto oppunto manca per accidente di questo stesso effetto nocivo."

Die begrifflichen Merkmale des „delitto frustrato" sind danach also folgende:

1°. ein Vorsatzdelikt[5]);

[1]) Die kgl. Bibliothek zu Berlin besitzt ausser der 1833 zu Jena erschienenen deutschen Übersetzung des Romagnosischen Werkes von Heinrich Luden, 2 Bd., nur die dritte Auflage dieses Werkes in der Ursprache, Milano 1823. Da nun aber Zachariä, a. O. II S. 39 Anm. 1 und im Anschluss daran auch Berner, Gerichtssaal 1865 und Gutachten für den deutschen Juristentag v. 1876, augenscheinlich nach der ersten 1791 erschienenen Ausgabe von Romagnosi citieren, so ergiebt sich eine gewisse Misslichkeit in der Texterklärung; denn — wie aus dem folgenden hervorgehen wird — hat Romagnosi augenscheinlich in seiner 3. Aufl. gerade für unsere Lehre zum Teil nicht unerhebliche Änderungen vorgenommen. Anders lassen sich gewisse Inkongruenzen gar nicht erklären.

[2]) Bd. II § 679 ff. S. 171 ff., vgl. auch § 679 ff. Teil II S. 14 der Ludenschen Übersetzung von 1833.

[3]) Luden a. O. übersetzt „delitto frustrato" durch „vereiteltes Verbrechen", Berner, Ger.-Saal S. 103, mit „fehlgeschlagener Versuch", u. Gutacht. S. 4 u. 5 bald mit „fehlgeschl. Versuch", bald mit „fehlgeschl. Verbrechen".

[4]) a. O. § 691.

[5]) So dürfte man wohl am treffendsten „esecuzione ragionata e libera" wiedergeben. Wenn Luden a. O. es mit „überlegte . . . Ausführung" übersetzt, so wäre eine derartige Übertragung, infolge der Terminologie unseres R. Str. G. B., vielleicht geeignet, falsche Vorstellungen hervorzurufen.

2°. ein einfaches oder zusammengesetztes Verbrechen[6]);
3°. die verbrecherische Thätigkeit ist, soweit als möglich, beendet;
4°. sie musste nach menschlicher Berechnung — d'ordinario — den rechtswidrigen Erfolg nach sich ziehen, und derselbe daher nur infolge eines Zufalls ausgeblieben sein.

Es erhebt sich nun die Frage, woher dieser Begriff Romagnosis stammt.

Dass Romagnosi der erste war, welcher den Begriff des „delitto frustrato" in Italien einführte, darüber kann kein Zweifel herrschen. Das bezeugt uns u. a. Pessina[7]), und die Forschungen ausgezeichneter Gelehrter, wie Zachariäs und Berners, haben ergeben, dass jener Begriff in Italien früher nicht bekannt war.

Nicht in Italien, aber vielleicht anderswo! Zu dieser Annahme bekennen sich sowohl Zachariä als auch Berner. Sie nehmen an, dass Romagnosi seinen Begriff den Franzosen entlehnt habe, indem sie sich hierfür auf die Worte Romagnosis „delitto mancato nel senso della parola manqué dei Francesi" stützen[8]).

[6]) Um diese Ausdrücke zu verstehen, muss man auf den § 670 bei Romagnosi a. O. zurückgehen. Er versteht unter „einfachen Verbrechen" solche, welche sich aus einer einzigen (wie z. B. die Verbalinjurie), unter „zusammengesetzten" solche, welche sich aus mehreren, aufeinander folgenden Handlungen zusammensetzen. Einen „tentativo" sieht er nur bei den „zusammengesetzten" Verbrechen als begrifflich möglich an; vgl. § 671 a. O. Wenn er das „delitto frustrato" dagegen auch bei den „einfachen" Verbrechen als möglich ansieht, so ist das weiter nicht auffällig; erklären doch gemeinrechtliche deutsche Juristen, so z. B. Weber, N. Arch. d. Kr. R. IV, 1821, S. 24 ff., in analoger Weise den „beendigten Versuch" für die bei gewissen Delikten einzig mögliche Form des Versuchs. Nur brauchen dieselben nicht die gleiche Terminologie wie Romagnosi, sondern führen kasuistisch Beispiele, übrigens auch die Verbalinjurie, an. Man muss sich übrigens hüten, diese Einteilung in „einfache und zusammengesetzte" Verbrechen mit der in „formale und materielle" Delikte (vgl. oben S. 15 Anm. 17) zu verwechseln. Da Romagnosi von dieser letzteren nicht spricht, so nimmt er auch bei den „formalen" Delikten das „delitto frustrato" als möglich an; er betrachtet mithin „Mangel im Thatbestand" als mögliche Spezies des „fehlgeschlagenen Verbrechens", und das widerspricht auch seiner Theorie nicht, welche für das „delitto frustrato" keine schlechthin tauglichen Versuchshandlungen verlangt, den bei „formalen" Delikten einzig möglichen Fall des „beendigten Versuchs", den „untauglichen", also nicht ausschliesst. Nach dem von ihm angeführten Beispiel — einem verfehlten Pistolenschuss — allerdings zu urteilen, scheint er vorzugsweise den Normalfall des „delitto frustrato", d. h. seine Erscheinungsform bei den sog. „materiellen" Delikten im Auge gehabt zu haben.

[7]) Trattati elementari sul diritto penale delle due Sicilie, Napoli 1859, II, S. 95.

[8]) Vgl. Zachariä, a. O. II, S. 39, Anm. 1 in fine, und im Anschluss daran

Diese Worte stehen nun aber in der dritten, Mailänder, Ausgabe Romagnosis jedenfalls nicht, und sie können auch gar nicht darin stehen, da Romagnosi hier überhaupt von keinem delitto „mancato", sondern von einem delitto „frustrato" spricht.

Es bleibt also nur die Annahme übrig, dass Romagnosi in seiner dritten Auflage, mit Abänderung des Wortes „mancato" in „frustrato", auch die Worte „nel senso" etc. gestrichen hat. Er hat uns damit selbst die Möglichkeit verschlossen, uns auf ihn für die etymologische Ableitung des Begriffes „delitto mancato" von „délit manqué" zu berufen[9]).

Diese Inkongruenz der Lesarten liefert natürlich noch keinen vollgültigen Beweis, dass Zachariäs und Berners Annahme einer Herkunft des „delitto frustrato" Romagnosis von einem französischen „délit manqué" unrichtig ist. Sie stört nur die Unbefangenheit und erregt Zweifel.

Denn da man nicht mehr etymologisch Romagnosis Begriff auf jenes französische Analogon zurückführen kann, so ist man unwillkürlich versucht, auf den Ursprung des französischen Begriffs näher einzugehen.

II. Das délit manqué.

Der Code pénal v. 1791 (art. 13, sect. 1, tit. II) strafte die tentative im weitesten Sinn bei den beiden Verbrechen des assassinat und des empoisonnement, und zwar gleich dem vollendeten Verbrechen.

Nun wollte aber ein Gesetz v. 22. Prairial des republikanischen Jahres IV diesen Grundsatz auf alle crimes ausdehnen, indem es verfügte:

„Toute tentative de crime, manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, sera punie comme le crime même, si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu."

Das Gesetz bedachte nicht, dass es durch seine Fassung: „si elle n'a été suspendue" die Bedingung der Strafbarkeit des Versuchs einengte, und zwar — wie wir sagen würden — auf den „unbeendigten" Versuch.

Berner, G. S. a. O. S. 103 und Gutachten a. O. S. 4; sie citieren offenbar nach der Auflage von 1791: „§ 623 ff.".

[9]) Baumgarten, „Lehre vom Versuch", Stuttgart 1888, S. 215, Anm. 9, citiert Romagnosi nach der 3. Auflage „delitto frustrato", ohne jedoch der Metamorphose dieses Wortes aus ursprünglich „mancato" und der von Zachariä und Berner hieran geknüpften Voraussetzungen zu gedenken.

So kam es, dass das Gesetz nur die tentative suspendue fortan bei allen crimes strafte, während — laut art. 13 des Gesetzes von 1791 — für die crimes des assassinat und des empoisonnement die ganze tentative im vollen Umfange strafbar blieb.

Der Code pénal v. 1810 wollte nun das Gesetz vom 22. Prairial d. J. IV. als art. 2 in seinen allgemeinen Teil aufnehmen, die besonderen Bestimmungen für assassinat und empoisonnement dagegen fallen lassen. Damit wäre zwar die Ausdehnung der Strafbarkeit der *tentative suspendue* aller crimes bestehen geblieben, dagegen eine Einengung der Strafbarkeit der *tentative* überhaupt für die Verbrechen des assassinat und des empoisonnement erfolgt, bei denen fortan — wie bei allen andern crimes — nur die tentative suspendue strafbar gewesen wäre.

Des weiteren berichtet nun Locré[10]):

„La commission remarque qu'il se trouverait, selon elle, une lacune dans le paragraphe terminé par l'art. 304 (303 du Code)[11]), si l'on n'y place pas une disposition, relative à l'assassinat non consommé, lorsque l'attaque a eu lieu à dessein de tuer. Cette disposition existe dans l'art. 13 de la première section du titre II de la loi de 1791. Un exemple en prouve la nécessité:

Un individu a prémédité d'en tuer un autre; il lui tire un coup de pistolet et le manque; il y a exécution, mais l'effet n'a pas lieu; en ce cas l'addition de l'art. 13 ne paraîtra-t-elle pas indispensable? Peut-on le regarder comme compris dans l'art. 2 du présent code, relatif à la tentative? Il n'y a pas seulement tentative, mais le fait a été en quelque sorte consommé, quoique le coup ait manqué son effet. On conçoit qu'il existe une nuance différente entre des circonstances qui ne font que suspendre l'exécution d'une tentative et celles qui la font rester absolument sans effet après un degré d'exécution beaucoup plus complet . . . . Il suit de cette observation qu'il faudrait ajouter à la fin de ce paragraphe (sc. hinter art. 304) l'art. 13 de la loi de 1791 ou mettre une addition à l'art. 2 du Code, relatif aux tentatives de crimes. Ce dernier moyen serait le plus simple etc.

Cette addition consisterait à mettre après les mots: „si elle n'a été suspendue", ceux-ci: „ou n'a manqué son effet."

Mit diesem Zusatz erst: „ou n'a manqué son effet" war der Widerspruch beseitigt, die Strafbarkeit der tentative in ihrem vollen Umfang nicht nur wieder für die Verbrechen des assassinat und em-

[10]) Législation de la France, Paris 1832, tome XXX. p. 447.

[11]) Handelte vom assassinat, resp. meurtre.

poisonnement, sondern fortan für alle crimes zum Prinzip erhoben Erst jetzt war eine Reform auf der ganzen Linie durchgeführt.

Es ist also aus Locrés Bericht mit Sicherheit zu ersehen, dass die tentative manquée in den art. 2 des Code erst gekommen ist, weil man plötzlich auf die Lücke aufmerksam wurde, die seine ursprüngliche Fassung liess. Die tentative manquée war ein Notbehelf, um die Ungerechtigkeit zu vermeiden, welche in einer Beschränkung der Strafbarkeit der tentative auf den Fall der tentative suspendue gelegen hätte.

Ein *délit* manqué also wohlgemerkt kommt im art. 2 des Code pénal von 1810 noch nicht vor, sondern nur eine *tentative* manquée.

Das délit manqué erwächst nun aus der 1810 neugeschaffenen tentative manquée. Dies bestätigt die nun folgende Entwickelung, welche übrigens Berner selbst als der Erste[12]) richtig erkannt hat.

Bei der nunmehrigen Redaktion des art. 2 des Code pénal waren die strafbaren Fälle der tentative erschöpfend behandelt.

Zugleich aber stand der Möglichkeit nichts im Wege, diejenigen Fälle des beendigten Versuchs, wo thätige Reue den Erfolg abgewendet hatte, in dem System und der Terminologie des art. 2 unterzubringen.

Offenbar fielen sie unter die tentative manquée.

Nun lässt sich aber nicht verkennen, dass das Wort „manquée“ zu Missverständnissen reichlichste Gelegenheit bot.

Im gewöhnlichen Sinne des Wortes kann man nur von „verfehlen“ sprechen, wenn ein Unternehmen wider den Willen des Unternehmers fehlgeschlagen ist.

Einen Versuch auch „verfehlt“ zu nennen, wenn der Erfolg durch die eigene Thätigkeit des Verbrechers abgewendet wurde, das erscheint zum mindesten als sehr „verfehlt“.

Man darf sich daher nicht wundern, dass die französischen Kriminalisten und Kommentatoren des Code in diese Falle gingen.

Der Beigeschmack, den das Wort hatte, wurde ihnen zum Essentiale des Begriffs. Sie forderten für die zweite Stufe der tentative im art. 2, dass bei ihr der Erfolg nur durch vom Willen des Thäters unabhängige, ja rein zufällige Umstände vereitelt worden wäre, m. a. W. sie setzten zum Vorliegen dieser zweiten Stufe die Unmöglichkeit des Waltens von „thätiger Reue“ voraus und nannten den so missverständlich gewonnenen Begriff: „délit manqué“.

Zeugnisse dieser Entwickelung finden wir bei Chauveau und

[12]) Gerichtssaal a. O. S. 104 ff.

Hélie[13]), bei Haus[14]), bei Rossi[15]) und schliesslich bei Ortolan[16]). Sie beweisen sämtlich, dass sich erst allmählich aus der zweiten Stufe der tentative des art. 2 des Code pénal das sog. délit manqué entwickelt hat.

III. Verhältnis des delitto frustrato Romagnosis zum délit manqué.

Wir haben die Geschichte des délit manqué in Frankreich vor der Hand weit genug geführt und legen uns nun von neuem die Frage vor: Ist es — ganz abgesehen von den möglicherweise aus der Inkongruenz der Lesarten gewinnbaren Schlüssen — möglich, dass Romagnosi 1791 sein delitto frustrato einem französischen délit manqué entlehnt habe?

Und da wird man wohl einräumen müssen, dass zu einer solchen Annahme schwerlich Raum bleibt.

Hat schon die Erzählung Locrés von der Einreihung eines Begriffs, wie der tentative manquée, in den art. 2 des Code pénal das Unwillkürliche, Ursprüngliche, ja fast Zufällige seiner Entstehung dargethan, so muss vollends die weitere Entwickelungsgeschichte, welche zeigt, wie sich erst allmählich und missverständlich aus dieser zweiten Stufe der tentative das sog. délit manqué gebildet hat, die früher geäusserten Zweifel zur Gewissheit werden lassen[17])[18]).

[13]) Théorie du Code pénal, Bruxelles 1845, I, ch. 10, No. 576.

[14]) Observations sur le projet de révision, I. p. 68.

[15]) Traité de droit pénal, Paris 1863, II, chap. 28 in fine und chap. 33. Er macht es sogar schon dem Code pénal zum Vorwurf, de ce qu'il „a réuni dans le même article et sous le même nom deux actes essentiellement distincts". „C'est confondre la tentative avec le délit manqué" (a. O. S. 150). So weit war also die Verwirrung fortgeschritten. Sehr oberflächlich Baumgarten, a. O. S. 164 ff., der aus dieser Stelle Rossis Berner widerlegen will. Er ist offenbar der Entwickelung gar nicht gefolgt.

[16]) Eléments de droit pénal, Paris 1870, I. No. 990. Hier finden wir allerdings die Termini: tentative inachevée und achevée; doch verdirbt Ortolan alles wieder dadurch, dass er die letzte Stufe dem délit manqué gleichstellt.

[17]) Für die Geschichte des délit manqué darf sich der Verfasser auf Berners eigene Forschungen stützen.

[18]) Um übrigens noch einmal auf die von Zachariä und Berner a. O. angeführte Lesart Romagnosis in dessen erster Auflage 1791 zurückzukommen (wo sich dieselbe offenbar finden muss), so sei hierüber soviel bemerkt: Auch diese andere Lesart zwingt uns nicht unbedingt zu der Annahme, dass Romagnosi seinen Begriff aus Frankreich entlehnt habe. Die Worte, die Zachariä und Berner citieren, „mancato nel senso della parola manqué dei Francesi" brauchten Romagnosi nur dazu zu dienen, seinen neuen Begriff, den er mit dem im

Wenn man sich nun aber, auf Grund dieses Entwickelungsganges, zu der Annahme entschliessen könnte, Romagnosi habe den Begriff des delitto frustrato nicht von den Franzosen entlehnt, so erscheint doch auch die von Mittermaier[19]) aufgestellte Behauptung, der Begriff des délit manqué sei italienischen Ursprunges, in keiner Weise begründet.

Das délit manqué ist in der oben geschilderten Art auf rein französischem Boden erwachsen, wie das delitto frustrato auf rein italienischem[20]).

IV. Delitto frustrato und tentativo, délit manqué und tentative.

Es entsteht nun die Frage, ob Romagnosi das sog. delitto frustrato noch zum conato (tentativo) rechnet oder nicht.

Berner[21]) meint darüber: „Romagnosi will das delitto mancato angesehen wissen come un delitto consummato. Übrigens ist damit doch immer nur eine Gleichstellung in der Strafbarkeit gemeint, und es ist nicht richtig, wenn man annimmt, dass den Italienern und Franzosen der beendigte Versuch nicht mehr unter den Begriff des Versuchs falle. Sie nennen ihn nur nicht mehr tentativo oder tentative im engeren Sinn. Sie kennen zwei Arten des Versuchs: tentativo (tentative) und delitto mancato (délit manqué). Der Ausdruck tentative wird aber auch im weiteren Sinn gebraucht für

---

Italienischen vielleicht ungebräuchlichen Worte „mancato“ qualificierte, durch das etymologisch verwandte französische Wort „manqué“ zu erklären. Jedenfalls war doch Romagnosis Begriff in Italien neu, und er musste einen technischen Ausdruck dafür finden. Er fand offenbar keinen anderen als ein mindestens ungebräuchliches Wort, das er sich zu erläutern für verpflichtet hielt. Diese Vermutung gewinnt an Wahrscheinlichkeit wenn man im weiteren Verlauf sieht, dass Romagnosi in der dritten Auflage das Wort „mancato“ durch „frustrato“ ersetzt hat. Dies Wort schien ihm dem Sprachgebrauch entsprechender zu sein, ohne doch der Klarheit etwas zu vergeben. Jede wissenschaftliche Terminologie hat, wenn sie national sein will, mit ähnlichen Schwierigkeiten zu kämpfen. Es sei übrigens darauf hingewiesen, dass die Ludensche Übersetzung bereits nach der dritten Auflage Romagnosis gearbeitet ist und dass ihre §§-Zahlen sich mit denen der letzteren, nicht aber der von Zachariä und Berner benutzten decken.

[19]) N. Arch. f. Kriminalrecht IV. S. 1 ff.

[20]) Wenn übrigens die späteren Italiener i. d. R. von delitto mancato sprechen, so thun sie das entweder, wie Zachariä und Berner, im Anschluss an die frühere Lesart Romagnosis, oder sie, die Epigonen, haben nun den Namen wieder den Franzosen entlehnt. Doch hat auch z. B. Carrara, lezioni sulla forza etc. S. 99 in fine den Ausdruck „delitto frustrato“.

[21]) Gerichtssaal, 1865, XVII. S. 103.

beide Arten des Versuchs. Ebenso bezeichnen die Italiener sowohl das tentativo als das delitto mancato mit conato."

Wenn wir einen Augenblick die späteren Italiener und die Franzosen ganz bei Seite lassen und uns auf Romagnosi beschränken, so muss man entgegnen, dass Berners Ansicht, Romagnosi wolle das delitto frustrato nur hinsichtlich der Strafbarkeit einem delitto consummato gleichstellen, doch wohl im Widerspruch mit dem § 681 des Romagnosi steht, der in der Ludenschen Übersetzung lautet: „Man merke wohl: ich sage nicht, dass es (sc. das delitto frustrato) wie eine Handlung gestraft werden müsse, die ihren vollen Erfolg gehabt hat" etc.

Also gerade hinsichtlich der Strafbarkeit will Romagnosi das delitto frustrato nicht dem vollendeten Verbrechen gleich behandelt wissen. Nein, gerade begrifflich trennt er das delitto frustrato sehr scharf von dem tentativo. Das empfinden wir schon, wenn er den Herrschaftsbereich des tentativo konfiniert[22]): „Egli (sc. il tentativo) incomincia dal primo atto con cui si pone mano ad effettuarlo, e si arresta, dirò così, al *l'orlo* dell' ultimo atto che dà compimento al delitto."

„Orlo" bedeutet „Rand" oder „Saum". Daher endet, nach Romagnosi, der „tentativo" am Saume der letzten Handlung, welche das Verbrechen beendigen würde, m. a. W. der tentativo ist identisch mit unserem „unbeendigten" Versuch.

Mithin handelt Romagnosi nur konsequent, wenn er sich[23]) dagegen sträubt, das delitto frustrato noch unter den tentativo zu bringen.

Aber auch die späteren Italiener, als deren Hauptvertreter hier Carrara hervorgehoben sein mag, haben an dieser Taktik Romagnosis nichts geändert. Auch Carrara definiert den „tentativo" als „unbeendigten" Versuch und ist weit davon entfernt, das delitto mancato als Species des tentativo aufzufassen[24]).

Die Folge dieser Terminologie ist, dass weder Romagnosi, noch die neueren Italiener eine Unterkunft für diejenigen Fälle des beendigten Versuchs haben, wo der Eintritt des Erfolges durch eigene Thätigkeit des Verbrechers verhindert wurde.

Diese Fälle gehören nicht zum „tentativo": denn dieser ist

---

[22]) a. O. § 666 Abs. 2.

[23]) a. O. § 679.

[24]) Vgl. z. B. Carrara, lezioni sulla forza fisica a. O. S. 100, wo er meint: „il delitto mancato imperfetto ritorna ad essere un *semplice tentativo*"; vgl. auch das Str. G. B. f. d. Kanton Tessin v. 1873, art. 54, § 1 u. 2.

unserem „unbeendigten“ Versuch äquivalent; sie fallen aber auch nicht unter das delitto mancato (frustrato): denn dieses setzt voraus, dass der Erfolg durch einen vom Willen des Thäters unabhängigen Umstand vereitelt wurde[25]).

Das Gleiche gilt zwar nicht von der tentative des art. 2 des Code pénal, wohl aber von der tentative der späteren französischen Zeit.

Die tentative manquée hatte man zum délit manqué verengt und ihr die Fälle, wo beim beendigten Versuch der Erfolg durch thätige Reue abgewendet wurde, entzogen. Das war zwar ein arges Missverständnis, wäre aber nicht so schlimm gewesen; denn es wäre schliesslich für jene — wenn der Ausdruck gestattet ist — herrenlos gewordenen Eventualitäten des beendigten Versuchs noch eine Unterkunft in dem grossen Sammelbecken der tentative übrig geblieben.

Diese Unterkunft schnitt man indessen jenen Fällen auch noch ab, indem man die tentative zum Begriff des „unbeendigten“ Versuchs verengte.

Das beweisen zahlreiche Belegstellen der bereits oben citierten französischen Kriminalisten[26]).

Die französische tentative ward also auf ein um nichts grösseres Gebiet beschränkt als der italienische tentativo, und es ergab sich nun folgende Verschrobenheit der Lage, die Berner[27]) sehr richtig charakterisiert: „Danach wird nun ein Versuch, bei dem der beendigende Konsummationsakt stattgefunden hat, im Falle der eigenen Verhinderung des Erfolges zu einem unbeendigten Versuch, im Falle des Fehlschlagens zu einem beendigten Versuch.“

In der That besteht dieser Zustand in Frankreich noch heute;

---

[25]) Vgl. oben S. 18, Begriffsmerkmal sub No. 4 des delitto frustrato, ebenso den von Carrara angeführten art. 46 d. toskanischen Str. G. B.: „Se . . . il successo . . . non è avvenuto per cause indipendenti dalla volontà . . . dell' agente medesimo, il tentativo trapessa in delitto mancato“. Vgl. auch Codice penale für den Kanton Ticino, prom. 3 febbr. 1873, art. 54, § 1 und 2.

[26]) Haus, a. O. I. p. 68; Rossi, a. O. II. 29: „La véritable tentative se reconnaît à deux caractères essentiels: 1°. un commencement d'exécution, 2°. une exécution commencée qui cependant puisse encore être suspendue ou interrompue même par la volonté de l'auteur de la tentative“. Das geht auch aus sämtlichen romanischen Kodifikationen hervor; vgl. den spanischen Codigo penal v. 1871 u. 1876, art. 3 und den Entwurf v. 1885, art. 19, 20 und 21, die Strafgesetzbücher von Chile, art. 7 ff., Peru, 1862, art. 3 und 5, Portugal, 1884, art. 100, welche sämtlich zwischen delito frustrado und tentativa (unbeendigtem Versuch) scharf unterscheiden.

[27]) G. S. a. O. XVII. S. 107.

in Italien scheint der Codice penale v. 30. Juni 1889 einer besseren Erkenntnis Raum gegeben zu haben; denn er vereinigt unter der gemeinsamen Bezeichnung: „tentativo“ in den art. 61 und 62 die beiden strafbaren Fälle des Versuchs; der Name: „delitto mancato“ ist gänzlich weggefallen.

V. Verhältnis des delitto frustrato (mancato) und des délit manqué zum delictum perfectum.

Betrachtet man schliesslich das Verhältnis des delitto frustrato und des délit manqué zu Menochs Begriff, so darf man wohl sagen, dass sie sowohl geschichtlich, als auch systematisch vollkommen unabhängig von diesem sind.

Ihre geschichtliche Selbständigkeit beweist die oben gegebene Schilderung ihrer geschichtlichen Entwickelung wohl zur Genüge.

Aber auch systematisch unterscheiden sie sich wesentlich von dem delictum perfectum.

Was die Bedeutung der romanischen Begriffe für unsere Lehre nämlich gerade ausmacht, ist, dass sie der Einteilung des Versuchs das neue Prinzip zu Grunde legen, welchem es bestimmt war, noch heute als das einzig herrschaftsberechtigte anerkannt zu werden; jene fremden Begriffe bringen die Einteilung in „unbeendigten“ und „beendigten“ Versuch zum Durchbruch.

Nun hätte diesem Prinzipe sicherlich auch durch eine blosse Fortbildung der Menochschen Einteilung zum Siege verholfen werden können, vielleicht wäre es auch in Deutschland ohne fremde Hülfe dazu gekommen, nachdem erst einmal Klein das delictum perfectum vom conatus proximus getrennt hatte. Doch diese Entwickelung war uns nicht bestimmt. Ganz unabhängig von Menoch ward auf italienischem und französischem Boden rein aus aprioristischen Erwägungen heraus das neue System geboren, und erst in Anlehnung an die fremde Lehre hat man sich in Deutschland von der veralteten Zwei- (conatus remotus einerseits und conatus proximus mit dem delictum perfectum andererseits) resp. Dreiteilung (conatus remotus, conatus proximus, delictum perfectum) emanzipiert.

Hier liegt also vor allem der grosse systematische und entwickelungsgeschichtliche Fortschritt, den das delitto frustrato und das délit manqué gegenüber dem delictum perfectum markieren.

Dazu kommen noch rein dogmatische Differenzen:

1⁰. Die Ausdrücke „delitto frustrato“ und „délit manqué“ sind enger als der: „delictum perfectum“. Die beiden modernen Begriffe setzen voraus, dass der Moment, welcher über Erfolg oder Misserfolg entscheidet, bereits vorüber ist, während das delictum perfectum

(„beendigter Versuch“ im eigentlichen Sinn) überhaupt von dem Eintritt oder Nichteintritt dieses kritischen Moments abstrahiert.

Das delictum perfectum ist infolgedessen weiter als das delitto frustrato und das délit manqué, denn es schliesst in sich noch dasjenige Stadium des beendigten Versuchs, wo thätige Reue möglich war.

Nur die Nichtbeachtung dieser Nuance konnte bewirken, dass man den an sich harmlosen Unterschied des delictum perfectum von dem délit manqué für einen gefährlichen ansah.

2⁰. An die Stelle des etwas unbestimmten Erfordernisses, dass der Thäter „quantum in se fuit“ das Verbrechen beendet habe, hat Romagnosi eine ganz bestimmte Theorie gesetzt. Er verlangt, dass der Thäter alles das gethan habe, was nach menschlicher Berechnung (d'ordinario) ausreichend war, den Erfolg herbeizuführen[28]).

Dieser durchaus gemässigte Objektivismus Romagnosis wird aber bald verdrängt durch den überspannten eines Carrara. Für diesen liegt gerade das Kriterium des delitto mancato darin, dass der Thäter alles gethan habe, was zur Herbeiführung des Erfolges nötig war. Er verwirft ausdrücklich jede andere Lehre[29]).

Diese Ansicht Carraras ist in Italien herrschend geworden[30]); wir finden sie in dem Strafgesetzbuch von 1889 kodificiert[31]).

---

[28]) Damit ist Romagnosi Vater der Theorie von der sog. „potentiellen Kausalität“ (Ludwig Cohn, vgl. unten S. 48 ff.) oder „nachträglichen Prognose“ (so v. Liszt) geworden, denn er will die Frage, ob die verbrecherische Thätigkeit zur Herbeiführung des Erfolges genügte, objektiv beurteilt wissen nach der Erfahrung, „welche lehrt, dass, wenn der Mensch dieselben Handlungen und dieselben Verhältnisse erneuert, nach den beständigen und bekannten Gesetzen der Natur derselbe Erfolg hervorgebracht werden wird“. Vgl. a. O. § 684.

[29]) Carrara, lezioni sulla forza fisica del delitto, Lucca 1863 (Conato), S. 97 ff. Wenn Romagnosi Vereitelung des Erfolges durch einen „Zufall“ (vgl. oben, Erfordernis sub no. 4, S. 18) verlangt hatte, so musste man das Wort „Zufall“ cum grano salis verstehen, da er ja keine generell tauglichen Versuchshandlungen verlangt; Carrara ist es aber damit Ernst.

[30]) Die subjektive Theorie wird z. B. von Roberti, Corso III, B. 280 und Note 28, vertreten, d. h. er nimmt delitto mancato an, wenn der Thäter alles gethan habe, was er zur Herbeiführung des Erfolges für nötig hielt, dieser aber dennoch nicht eingetreten ist; eine Ansicht übrigens, welche nicht — wie Baumgarten a. O. S. 215 ff. annimmt — im Entwurf Vegliani 1874 art. 72 ihre legislative Formulierung erhalten hat. Dieser lautet nämlich: „Chiunque a compiuto per sua parte tutti gli atti necessarii“ etc. Die Hinzufügung der Worte „per sua parte“ ändert nichts an dem Objektivismus der Definition, wenn sie denselben auch anscheinend etwas modificiert. Eine mittlere Ansicht vertritt übrigens Pessina a. O.

[31]) art. 61 und 62 dieses Gesetzbuches.

Und eine ähnliche Entwickelung finden wir in Frankreich. Die französischen Kriminalisten[32]) setzen beim délit manqué schlechthin taugliche Handlungsweise voraus und schliessen damit jedenfalls die sog. formalen Delikte von dem Bereich des délit manqué aus[33]), was sie auch ausdrücklich zugeben.

Wenn man das Facit besonders der französischen Entwickelung ziehen will, so braucht man nur eines der Schweizer Kantongesetzbücher heranzuziehen, welche alle einen Niederschlag dieser Entwickelung bilden. Förmlich kondensiert erscheinen alle ihre Missverständnisse in dem Code pénal p. l. canton de Fribourg, prom. l. 20 sept. 1873, art. 36:

„Il y a *crime manqué*, lorsque le but criminel n'a pas été atteint, ce par des circonstances indépendantes de la volonté du coupable, *bien que celui-ci ait fait tout ce qu'il était dans son pouvoir de faire* et *qu'il ne puisse plus désister.*"

C. Der beendigte Versuch, ein Produkt des delictum perfectum und des délit manqué.

I. Weiterentwickelung des delictum perfectum in seiner Reinheit.

Wir sind den Ereignissen vorausgeeilt, um die Entwickelung der ausländischen Begriffe zu Ende zu führen.

Ihre Vermischung mit dem delictum perfectum erfolgt aber bereits, noch ehe sie sich selbst vollkommen ausbilden konnten.

Dann und wann werfen indessen die Schicksale, welche das délit manqué in Frankreich, resp. in Italien durchzumachen hat, ihre Schatten auf die deutsche Entwickelung, und eine oft kaum merkliche, aber immer vorhandene Wechselwirkung kann konstatiert werden.

Auf deutschem Boden erwächst uns der Name. Klein hatte also zuerst einen vom conatus proximus unterschiedlichen Terminus

[32]) Vgl. Haus a. O. I. p. 68, welcher als Beispiele für Delikte, welche das délit manqué zulassen, l'homicide, l'avortement, l'infanticide nennt. Ebenso Rossi a. O., welcher den „untauglichen" Versuch „tentative vaine" nennt, was, bei seiner scharfen Trennung von tentative und délit manqué, soviel heissen will, dass er ihn zum „unbeendigten" Versuch rechnet.

[33]) Ob nur die „formalen" Delikte bei einer solchen Behandlungsweise vom Bereich des beendigten Versuchs ausgeschlossen werden und nicht vielleicht alle Delikte überhaupt, das wird im dogmatischen Teil erörtert werden. Vgl. unten S. 58 Anm. 9.

für den beendigten Versuch in Deutschland eingeführt. Zwar waren einige Kriminalisten, so Kleinschrod[1]) und Tittmann[2]), wieder in die alte verwirrende Ausdrucksweise zurückgefallen, doch die meisten hielten daran fest.

War nun auch Kleins Benennung: delictum perfectum im Vergleich zu der vorhergehenden: conatus proximus ein Fortschritt gewesen, so war sie doch weit davon entfernt, vollkommene Klarheit zu bieten. Der Terminus: delictum perfectum stellte wieder andere Fallen, denen Kleins Systematik (vgl. oben) zum Opfer gefallen war. Man bestrebte sich daher, eine noch klarere Ausdrucksweise zu finden[3]).

Schon Feuerbach[4]) stellt den Namen „geendigte Unternehmung" als den geeigneten hin. Damit ist denn der Begriff des delictum perfectum wieder dem Bereiche des Versuchs überwiesen.

Den letzten Schritt endlich thut offenbar Schröter[5]), indem er das Wort „Unternehmung" durch „Versuch" ersetzt.

Nach diesen Bemerkungen über den Namen unseres Begriffs sei es gestattet, auf ihn selbst einzugehen.

Eine Zeitlang fliessen die Ströme des delictum perfectum und des délit manqué nebeneinander her, ohne sich zu vermischen; ohne Bild gesprochen: Autoren und Gesetzgebung kennen wohl die ausländische Rechtsbildung, räumen derselben aber noch keinen Einfluss auf die deutsche ein.

Das hat seine Licht- und Schattenseiten. Denn einmal wird allerdings dem deutschen Recht Zeit gelassen, sich aus sich heraus zu entwickeln, und es davor bewahrt, die mit der fremden Lehre notwendig folgenden Fehler einzusaugen, andererseits wird die Emanzipierung von der veralteten Einteilung: conatus remotus, conatus proximus und delictum perfectum verzögert, denn die derselben

[1]) Systematische Entwickelungen I. S. 63.

[2]) Handb. d. Strafrechtswissenschaft I. § 108.

[3]) Darüber berichten Chauveau und Hélie, a. O. no. 576: „Quelques criminalistes allemands désignent le délit manqué" — was übrigens falsch und nur aus dem Missverständnis zu erklären ist, dass die Franzosen das délit manqué für einen den beendigten Versuch erschöpfenden Begriff ansehen — „par les mots: *délit achevé*, (geendigtes Verbrechen, delictum perfectum) en opposition avec *délit consommé* (vollendetes oder vollbrachtes Verbrechen). Mittermaier et Bauer ont critiqué ces dénominations, qui sont en effet impropres. Dans les nouveaux codes d'Allemagne le délit manqué est désigné par les mots: geendigter ou beendigter Versuch (tentative achevée)."

[4]) Lehrb. d. peinl. Rechts, § 43.

[5]) Handb. d. peinl. Rechts, Leipzig 1818, § 84, Note 2.

innewohnende Unlogik veranlasst gerade die bedeutendsten Kriminalisten, leider nicht, mit derselben zu brechen, sondern alle Schuld auf den neuen Eindringling, auf das delictum perfectum, zu schieben und das einzige Heil in dessen Verwerfung zu erblicken.

Nur so können wir es uns erklären, dass ein Kriminalist wie Mittermaier[6]) die Stufe des delictum perfectum bedingungslos verwirft. Er spricht ihr in der That nur eine quantitative Bedeutung zu innerhalb der Skala: conatus remotus, conatus proximus und delictum perfectum und will sie auch in dieser untergeordneten Stellung nicht dulden, da das delictum perfectum „zugestandener Massen", so behauptet er, nur bei materiellen Delikten vorkomme und daher keine prinzipale Stufe des Versuchs sein könne.

Bei anderen Kriminalisten jener Epoche finden wir gemässigtere Ansichten. Feuerbach[7]) besonders hat nur Bedenken gegen eine gesetzliche Aufnahme der „geendigten Unternehmung" — wie er es nennt —, giebt aber die Nützlichkeit dieser Stufe für die Wissenschaft zu.

Konsequent dieser Ansicht hat denn auch Feuerbach den beendigten Versuch in das von ihm herrührende bayrische Str.G.B. v. 6. Mai 1813 formell nicht aufgenommen. Wenn wir nichtsdestoweniger im art. 61 dieses Gesetzbuchs eine fast mustergültige moderne Definition des beendigten Versuchs finden, so erscheint das um so wunderbarer[8]).

---

[6]) So N. Arch. d. Crim. R. IV, 1821, S. 1 ff.; ders. Noten zu Feuerbach, 14. Ausg. dieses Lehrbuchs, Giessen 1847, S. 78 ff., besond. Note 1; ferner Kleinschrod, Grundbegriffe des peinl. Rechts, § 38 ff., Erlangen 1799 und Tittmann, Handb. d. Strafrechtswissenschaft, I, § 108; vgl. auch Grolmann, Grundsätze der Kriminalwissenschaft, § 31. Ebenso übrigens Henke, Handb. d. Kriminalrechts, Berlin und Stettin, 1823, S. 263.

[7]) Lehrb. d. peinl. Rechts, § 43. Ebenso Weber, N. Arch. d. Crim. R. IV, 1821, S. 24 ff. und auch Heffter, Lehrb. d. gem. deutsch. Strafrechts, 6. Aufl., Braunschweig 1857, letzterer mit gänzlich veralteter Terminologie.

[8]) „Gleiche Grundsätze gelten, wenn bei Verbrechen, zu deren vollständigem Begriffe der Erfolg einer bestimmten Wirkung gehört, die Haupthandlung selbst vollkommen geendiget, aber die erforderliche Wirkung aus zufälligen Ursachen vereitelt worden ist." Die Worte „zufällige Ursachen" und „zu deren vollständigem Begriffe" u. s. w. sollen untaugliche Versuchshandlungen und formale Delikte ausschliessen, ein Verfahren, was bei der glücklich getroffenen Ausdrucksweise des Str. G. B. „vollkommen geendigte Haupthandlung" unnötig ist und schädlich wirkt. An das bayrische Str. G. B. schliesst sich das Oldenburger v. 10. Sept. 1814 art. 49 wörtlich an. Vgl. ferner Hufnagel, Komment. z. württemb. Str. G. B., Stuttgart 1839, I, S. 129 ff. zu art. 64, wo wir auch über das bayr. Str. G. B. interessante Aufschlüsse finden. So citiert er eine Stelle aus den

Wo nun aber wirklich Gesetzgebung und Doktrin jener Zeit dem Begriff des beendigten Versuchs näherzutreten wagen, sehen wir das Erfordernis der alten gemeinrechtlichen Kriminalisten, dass der Thäter „quantum in se fuit" die verbrecherische Handlung beendet habe, in einen blanken Objektivismus verkehrt[9]).

Eine Ausnahme finden wir nur bei Weber[10]), welcher unwissentlich Romagnosis Theorie wieder aufgenommen hat. Er hat das Unsinnige der Forderung „vollkommen tauglicher Versuchshandlungen" erkannt und verlangt daher vom Thäter nur eine Handlungsweise, „die in der Regel oder nach dem gewöhnlichen natürlichen Gange der Dinge auch eine Wirkung gehabt hätte".

Es muss uns dann allerdings um so seltsamer anmuten, wenn Weber trotz dieser Theorie z. B. Verfehlen des Zieles infolge Zitterns der Hand zum unbeendigten Versuch rechnen will. Offenbar unterschätzt er die Schwierigkeiten, die sich der Ziehung einer festen Grenzlinie — auch bei relativer Betrachtung — zwischen tauglichen und untauglichen Handlungen entgegenstellen. — Von ihm gelten Berners treffliche Worte[11]): „Wer den ethischen Boden so wenig kennt, dass er nur durchschneidende mathematische Linien als Begriffsgrenzen anerkennen will, wird sich mit der Rolle eines Kritikers begnügen und auf die produktive, begründende Thätigkeit verzichten müssen"[12]).

Keiner der citierten Kriminalisten indessen wagt, sich von der

Anmerkungen z. bayr. Str. G. B. I. S. 179, denen wir die absonderliche Ansicht — die übrigens auch Mittermaier vertritt — entnehmen, dass die ganze Einteilung in unbeendigten und beendigten Versuch überflüssig werde, wenn man nur strikt an der Scheidung der Delikte in formale und materielle festhalte. Der bayr. Entwurf v. 1831 nahm übrigens das delictum perfectum wieder im art. 50 auf, während schliesslich das bayr. Str. G. B. v. 1861 art. 47 wieder auf jede Gradation des Versuchs verzichtet.

[9]) Über die aus solcher Behandlungsweise sich ergebenden Folgen vgl. unten im dogmatischen Teil, S. 58. Ob dieses plötzlich auftauchende Verlangen nach vollkommen tauglichen Versuchshandlungen auf französischen Einfluss zurückzuführen ist, muss dahingestellt bleiben.

[10]) a. O. S. 24 ff.

[11]) Gutachten, a. O. § 3.

[12]) Bei gewissen Delikten soll nach Weber keine Scheidung zwischen conatus proximus und delictum perfectum möglich sein, so z. B. denjenigen, bei welchen das Verbrechen schon in der Gefährdung liegt, z. B. Hochverrat, sodann aber auch bei Delikten, die in einem einzigen Akt bestehen, wie z. B. die Verbalinjurie. Die Motive, welche Weber zu dieser Ansicht führen, sind offenbar ähnliche wie die, welche Romagnosi dazu trieben, bei „einfachen" Verbrechen die Möglichkeit eines tentativo zu leugnen.

veralteten Einteilung zu emanzipieren, was — wie gesagt — der Grund ist, dass sie den beendigten Versuch mit scheelen Augen ansehen. Eine bessere Erkenntnis sehen wir aber schon bei Hepp[13]) durchbrechen, der das Unlogische einer Gleichstellung von conatus remotus, proximus und delictum perfectum richtig erkannt hat. Er fasst den conatus remotus und proximus daher zum „unbeendigten" Versuch zusammen, dem er das delictum perfectum als „beendigten" gegenüberstellt.

Damit war schon der Boden für die Aufnahme der kommenden Einteilung vorbereitet.

Der allmählichen Erkenntnis, welche sich in der deutschen Doktrin Bahn bricht, entspricht naturgemäss der Stand der Gesetzgebung.

Und da können wir zwei Gesetzbücher namhaft machen, welche augenscheinlich noch auf rein deutschem Boden stehen, trotzdem aber den beendigten Versuch enthalten, das ist einmal das Str.G.B. f. d. Kgr. Württemberg v. 1. März 1839, art. 64.

„Bei Beratung[14]) dieses Artikels hatte man in der Kammer der Abgeordneten vorgeschlagen (14. Sitzung, S. 42), an Stelle der Worte „was zur Vollendung u. s. w. nötig war" die Worte „was ihm (sc. dem Thäter) zur u. s. w. erforderlich schien" zu setzen. Da aber die Abstimmung in der Kammer die Ablehnung dieses Antrags ergab, so glaubte die Regierung, aus eigener Initiative eine solche Änderung nicht vornehmen zu können, da sie über den Bereich einer rein redaktionellen Korrektur herausginge. Nun kam aber bald nach Verkündigung des Gesetzbuches ein Fall vor, welcher den in der Abgeordneten-Kammer geäusserten Bedenken Recht zu geben schien. Es hatte jemand nämlich einem anderen eine schwere Wunde beigebracht, welche bei nur wenig veränderter Richtung den Tod herbeigeführt haben würde. Offenbar lag hier, wenn man sich strikt an das Gesetz gehalten hätte, kein beendigter Versuch vor. Nichtsdestoweniger nahm der Kriminalsenat zu Esslingen einen solchen an, „da man das Gesetz nicht buchstäblich interpretieren dürfe".

Man lernt aus dieser Entscheidung, zu welchen Unzuträglichkeiten eine rein objektive Formulierung führt[15]).

[13]) Versuche über die Strafrechtswissenschaft, Heidelberg 1827, S. 344.

[14]) So erzählt Hufnagel, Komment. z. württemb. Str. G. B. 1839, I, S. 129 ff.

[15]) Hufnagel a. O. findet dies Verfahren ganz in der Ordnung, er behauptet sogar, es hätte gar keine materielle Änderung darin gelegen, wenn man die Worte „nötig war" in „für nötig hielt" abgeändert hätte. Er meint, dass mutatis mutandis auch eine subjektive Fassung nicht wörtlich zu nehmen sei,

Der ursprünglich deutsche Charakter der Versuchsbestimmungen des württembergischen Str.G.B. erhellt vor allem negativ aus den Änderungen, welche das Gesetz v. 13. August 1849 im französischen Sinne vorgenommen hat[16]).

Das andere auf deutschem Recht beruhende Gesetzbuch ist das Str.G.B. f. d. Grossherzogt. Hessen v. 17. Sept. 1841, art. 68 in fine.

Dieser Artikel zeigt die alte gemeinrechtliche Einteilung in entfernten, nächsten und beendeten Versuch, steht also ganz auf deutscher Grundlage. Dies erklärt sich aus dem Widerwillen gegen das französische Recht, welches man zur Zeit der Fremdherrschaft versucht hatte den Hessen aufzudrängen.

Indessen trotz dieser ursprünglich deutschen Gesinnung hatte der von Mittermaier revidierte Regierungsentwurf 1832/33 so wenig Beifall gefunden, dass sich der Landtag für die Einführung einer Revision des französischen Gesetzbuches aussprach.

Schliesslich aber kam 1840 auf deutscher Grundlage eine Verständigung zu Stande[17]).

II. Allmähliche Beeinflussung durch das délit manqué.

Wenn es gestattet ist, das schon oben gebrauchte Bild zweier zusammenfliessender Ströme für unsere Entwickelung beizubehalten, so dürfen wir es auch wagen, im weiteren Verfolge einen jener Naturerscheinung analogen Verlauf zu konstatieren.

Dem Stadium des unvermischten Neben-einander-Herlaufens folgt ein Stadium teilweiser, undeutlicher Vermischung, wo sich das Wasser des Hauptstromes (delictum perfectum) gemäss der Farbe des Nebenflusses (délit manqué) zu schattieren beginnt.

In diesem Tone etwa gehalten ist das Str.G.B. f. d. Herz. Nassau v. 14. April 1849 art. 64 in fine und art. 65. Diese bilden eine fast wörtliche Reproduktion der entsprechenden art. 68 und 69 des hessischen Str.G.B. Allein es fehlen in dem nassauischen Str.G.B. jene Worte des hessischen, welche die alte Einteilung in entfernten, nächsten und beendigten Versuch enthalten, so dass nur die Einteilung in unbeendigten und beendigten Versuch bleibt. Ob

da sonst „untauglicher Versuch zum beendigten Versuch gerechnet werden müsse." Er schliesst a. O. S. 133: „Der Begriff des beendigten Versuchs ist danach kein absoluter, nicht nach den Worten des Gesetzgebers, sondern nach dem konkreten Falle zu beurteilen."

[16]) Vgl. unten S. 37.

[17]) Vgl. darüber Stenglein, deutsche Str. G. B., Einleitung z. hess. Str. G. B. G.

diese Erscheinung auf fremden Einfluss zurückzuführen ist, kann man allerdings nicht mit Bestimmtheit behaupten, doch liegt diese Vermutung nahe.

Ähnlich steht es mit dem Kriminalgesetzbuch für das Herz. Braunschweig v. 10. Juli 1840 art. 36 und 69 und dem Kriminalgesetzbuch f. d. Königr. Hannover v. 8. August 1840 art. 33 und 34 no. 3.

Deutlich entgegen tritt uns aber bereits der fremde Einfluss in dem Str.G.B. f. d. Grossherzogt. Baden v. 6. März 1845, § 107, 117 und 118. Die Definition des beendigten Versuchs im § 107 ist sogar dieselbe wie die des delitto mancato in den modernen italienischen Kodifikationen; doch ist glücklicherweise der Fehler vermieden, welchen eine derartige Fassung der zweiten Versuchsstufe mit sich zu bringen pflegt; denn 1°. der Name „beendigter Versuch" ist beibehalten, und dieser schliesst nicht schon präjudiziell, wie der Name: delitto mancato, das Stadium des beendigten Versuchs, wo noch thätige Reue möglich ist, aus; 2°. sodann ist aber noch einmal besonders im § 118 des Falles der thätigen Reue gedacht, und derselbe dem beendigten Versuch zugewiesen. Mithin hat sich Baden ganz von der veralteten Einteilung losgelöst und die modernen Anschauungen zur Geltung gebracht.

Leider aber hat es mit den italienischen Strafgesetzbüchern auch die objektivistische Definition gemein, eine Übereinstimmung, welche es mit weitaus dem grössten Teil der deutschen Strafgesetzbücher teilt. Diese Behandlungsweise ist in der Regel auf den Einfluss des délit manqué zurückzuführen, doch nicht ausnahmslos: so finden wir — wie schon oben dargestellt — die objektive Theorie in dem württembergischen und hessischen Strafgesetzbuch, von denen besonders das letztere nichts Fremdes in sich aufgenommen hat; andererseits hat ein Gesetzbuch, wie das sächsische vom 11. August 1855, art. 40, die subjektive Theorie, obgleich sich bei seinem Erscheinen der Vermischungsprozess bereits lange vollzogen hatte.

Die natürlichen Konsequenzen der objektivistischen Definition sind die bekannten: zugestandene und beabsichtigte Beschränkung des beendigten Versuchs auf die sog. materiellen Delikte, da vollkommene Tauglichkeit der Versuchshandlungen vorausgesetzt wird.

Sämtliche deutschen Gesetzbücher strafen den beendigten Versuch höher als den unbeendigten, wobei einerseits das Plus von Schuld, andererseits aber ganz besonders das Plus von Gefährlichkeit, das im beendigten Versuch im Vergleich zum unbeendigten steckt, den Ausschlag giebt.

Dieser zweite Gesichtspunkt ist sogar von so grossem Einfluss, dass die „thätige Reue“ beim beendigten Versuch geradezu in der Regel keine Straflosigkeit bewirkt.

Berner[18]) sagt darüber zusammenfassend: „Während nach französischem, nach preussischem und nach bayrischem Rechte das Verhindern des Erfolges bei dem beendigten Versuch ganz ebenso Straflosigkeit bewirkt, wie der Rücktritt bei dem unbeendigten Versuch, wollen Hannover, Darmstadt, Baden, Thüringen und Sachsen nur bei dem unbeendigten Versuch Straflosigkeit wegen Rücktritts, nicht aber bei dem beendigten Versuch Straflosigkeit wegen verhinderten Erfolges. In diesem letzteren Fall will Baden Milderung, Thüringen wenigstens Minderung, Sachsen aber Herabsetzung auf die Strafe des nichtbeendigten Versuchs.“

Daraus ergiebt sich ein Überwiegen des Gefährlichkeitsmomentes über das Schuldmoment; denn die sog. thätige Reue annulliert die Schuld nach rückwärts hin; fällt doch das charakteristische Moment des strafbaren Versuchs, das Überwiegen des Willens über die That, hier fort[19]).

Wenn nun also trotz alledem keine Straflosigkeit eintritt, so muss der Gesetzgeber der Ansicht sein, dass das Stadium des beendigten Versuchs objektiv ein solches Quantum von Gefährlichkeit in sich trage, dass der Grad der Wahrscheinlichkeit, mit welchem es dem Thäter durch Entfaltung ganz neuer Kraftäusserungen gelingen wird, die Wirkung der verübten Handlung zu hintertreiben, durchschnittlich ein so geringer ist, dass das Gesetz sich nicht darauf einlassen kann.

Man sieht also: Annahme eines qualitativen Unterschiedes von fundamentalster Bedeutung.

Und wie in der Gesetzgebung, so auch in der Doktrin. Auch hier spüren wir immer merklicher den fremden Einfluss. Es ist allerdings ganz selbstverständlich, dass er sich hier anders äussert. Die Theoretiker sind nicht gezwungen, ihre Anschauungen in so knappe Thesen zu bringen, sie können erwägen, vermitteln.

---

[18]) Gutachten a. O. S. 22 § 11.

[19]) A. A. das R. G. Entsch. in Str. S. III. 249 u. VI. 341, denen natürlich beizupflichten ist, insoweit sie ausführen, dass der freiwillige Rücktritt, resp. die thätige Reue des Thäters keine Straflosigkeit des Gehilfen involviere. Nur die Prämisse scheint anfechtbar.

Der fremde Einfluss zeigt sich auch hier besonders in der vollkommenen Entthronung der alten Versuchseinteilung und in dem siegreichen Vordringen der neuen scharfen Zweiteilung in „unbeendigten“ und „beendigten“ Versuch.

Leider aber nicht nur darin; die französische Begriffsverengung des délit manqué wirkt verhängnisvoll auf den beendigten Versuch. Besonders Köstlin[20]) stellt beendigten Versuch und délit manqué vollkommen gleich und fordert für den beendigten Versuch als wesentliches Begriffsmerkmal das Fehlschlagen wider Willen des Thäters. Eine richtigere Erkenntnis setzt ihm indessen schon Breidenbach[21]) entgegen, ohne jedoch damit durchzudringen.

Während nun die Gesetzgebung fast durchgehend die objektive Formel adoptiert hat und zum Zustandekommen des beendigten Versuchs fordert, dass der Thäter alles gethan habe, was zur Herbeiführung des Erfolges nötig war, schwankt die Doktrin.

Einige, besonders Zachariä[22]), sind reine Objektivisten, andere, so z. B. Bauer[23]), glauben die Unmöglichkeit der Anforderungen, welche ein so krasser Objektivismus stellt, dadurch zu mildern, indem sie verlangen, dass der Thäter alles gethan habe, was „von seiner Seite“ zur Herbeiführung des Erfolges nötig war[24]). Eine dritte[25]) Theorie, die wir schon oben bei Weber und Hufnagel kennen gelernt haben, will wieder, gleich Romagnosi, eine Art von potentieller Kausalität zu Grunde gelegt wissen, m. a. W. beendigten Versuch dann annehmen, wenn der Thäter alles das gethan habe, was nach menschlicher Berechnung, angesichts der gegebenen Thatsachen zur Herbeiführung des Erfolges nötig war.

Diese Theorie ist sich selbst nicht recht klar über das, was sie eigentlich will. Sie fasst ihre Definition zum Teil objektivistisch[26]), zum Teil subjektivistisch[27]), kommt aber meist zu richtigen Resultaten.

[20]) System d. deutsch. Strafrechts, allgem. T. S.244.

[21]) Kommentar z. hessischen Str. G. B. II. S. 171.

[22]) Lehre vom Versuch d. Verbrechen, 1839, II, § 163; ebenso Geib, Lehrb. d. deutsch. Strafrechts, 1862, II. S. 302.

[23]) Anmerkungen z. hannov. Entw. S. 387 ff.; ders. Kriminalrecht, 2. Ausg. § 68; ders. Abhandlungen aus dem Strafrecht, Giessen 1840, I. S. 331 ff.

[24]) Das hatten schon Menoch, Carpzow, Böhmer, Koch, das A. L. R. und der Entwurf Vegliani von 1874, art. 72 gethan; vgl. oben.

[25]) So Breidenbach, a. O. S. 173.

[26]) So Weber, a. O.

[27]) So Breidenbach, a. O.

Eine vierte Theorie endlich steht vollkommen auf dem Boden des Subjektivismus und begnügt sich für das Vorliegen des beendigten Versuchs damit, dass der Thäter alles gethan habe, was ihm zur Herbeiführung des Erfolges nötig schien[28]). Diese Theorie dehnt das Gebiet des beendigten Versuchs auch auf den untauglichen und die sog. formalen Delikte aus, will ihn aber hier i. d. R. milder gestraft wissen. Kodificiert ist diese Theorie bekanntlich im Str.G.B. f. d. Königr. Sachsen vom 13. August 1855, art. 40 und 42[29]).

III. Sieg des französischen Prinzips.

Vollständig zum Durchbruch gekommen ist die französische Fassung in dem württembergischen Gesetz vom 13. August 1849 und dem preussischen Str.G.B. v. 14. April 1851. Glücklicherweise aber haben diese Gesetze nicht das délit manqué, d. h. die französische Lehre in ihrer Entartung, übernommen, sondern sie schliessen sich an den art. 2 des Code pénal an.

Das württembergische Gesetz setzt an Stelle der Versuchsparagraphen des Strafgesetzbuches[30]) derogatorisch in seinem art. 10 folgende Norm:

„Die gesetzliche Strafandrohung begreift auch .... die Strafe des Versuchs, sofern die Ausführung des beabsichtigten Verbrechens angefangen und nur durch zufällige oder von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände aufgehalten worden ist, oder die Wirkung verfehlt hat."

Noch treffender drückt sich das preussische Strafgesetzbuch im art. 31 aus:

„Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äussere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne Erfolg geblieben ist."

Der Gesetzgeber hat hier vorsichtiger Weise das präjudizierende Wort „verfehlt" durch das neutrale „ohne Erfolg geblieben" er-

---

[28]) So Köstlin, System d. deutsch. Strafrechts, allg. T. Tübingen 1855, und Hälschner, preuss. Strafrecht, I. S. 205.

[29]) Das Gesetz hält es dennoch an manchen Stellen, so in art. 117, 179, 279, 323 für nötig, objektiv das Vorhandensein des beendigten Versuchs festzustellen, m. a. W. also für gewisse Thatumstände eine praesumptio iuris et de iure zu statuieren, dass der Thäter, beim Vorliegen eben dieser Thatumstände, auch geglaubt habe, alles zur Herbeiführung des Erfolges Erforderliche gethan zu haben.

[30]) Vgl. darüber oben S. 32.

setzt und damit die Gefahr einer verwirrenden Tautologie vermieden[31])[32]).

IV. Emanzipationsversuche.

Mit dem preussischen Str.G.B. ist nun aber auch der Höhepunkt des französischen Einflusses in Deutschland erreicht. Die deutsche Entwickelung strebt fortan in eigenen Bahnen weiter. Bevor wir jedoch zu dem ersten Markstein auf diesem neuen Wege, den §§ 43 und 46 unseres R.Str.G.B., gelangen, finden wir schon in Gesetzgebung und Doktrin Vorläufer der neuen Gestaltung.

Und da sei es denn gestattet, auf die Fassung eines Str.G.B. hinzuweisen, welches zeitlich sogar vor dem preussischen zurückliegt, aber, ebenso wie das erste bayrische, vielleicht ganz unabsichtlich, der modernen Auffassung am nächsten kommt; es ist dies das Str.G.B. f. d. Herzogt. Sachsen-Altenburg vom 3. Mai 1841 (kgl. sächs. Kriminalgesetzbuch v. 30. März 1838) art. 26 Abs. 1. u. 2:

„Ist bei einem beabsichtigten Verbrechen der Verbrecher

1. durch äussere Umstände an der Vollendung der unternommenen gesetzwidrigen Handlung verhindert, oder
2. auf gleiche Weise der Erfolg der von ihm vollendeten Handlung abgewendet worden"

u. s. w.

Die Fassung erinnert an § 46 no. 1 und 2 des R. Str.G. B. Der Unterschied besteht nur darin, dass hier die strafbaren Fälle des Versuchs, bei uns dagegen gerade die straflosen aufgezählt werden, und dass infolgedessen die Bestimmung der Begriffsmerkmale hier das Gegenteil von dort ist.

Man verstehe recht: der Verfasser ist weit davon entfernt, die Bestimmungen des sächsischen Gesetzbuches für modern erklären zu wollen; im Gegenteil, der art. 28 a. O., der sogar noch den Rück-

[31]) Dies hätte man wenigstens annehmen sollen; dass es aber doch nichts half, das lehrt uns eine Entscheidung des O. T. v. 27. Juni 1860, von welcher uns Goldtammer in seinem Archiv VIII, S. 618 ff. berichtet. Das O. T. hält „beendigten Versuch" und „délit manqué" für vollkommen identisch, das ginge schon aus der Entwickelungsgeschichte des § 31 d. preuss. Str. G. B. aus dem art. 2 des C. p. hervor; daher könne ebensowenig wie beim délit manqué (vgl. oben S. 21 i. f.) beim „beendigten" Versuch noch thätige Reue des Verbrechers denkbar sein. Goldtammer rügt mit Recht diese Auffassung des O. T.; unser beendigter Versuch sei weiter als das délit manqué und schliesse auch noch die Fälle, wo der Erfolg durch eigene Thätigkeit des Verbrechers verhindert worden sei, in sich.

[32]) Über den Streit, ob das preuss. Str. G. B. überhaupt die beiden Versuchsstufen markiere, vgl. Berner, Gutachten § 11. Dem Verfasser scheint darüber kein Zweifel zu bestehen.

tritt vom unbeendigten Versuch mit Strafe belegt, macht jenes Gesetzbuch materiell noch unter das Niveau der übrigen gemeinen Strafgesetzbücher herabsinken. Nur die terminologische Geschicklichkeit, dank welcher der Gesetzgeber es hier vermieden hat, den beendigten Versuch weder objektiv, noch subjektiv zu definieren, indem er sich mit dem Ausdruck: „die vollendete Handlung" begnügt, scheint der Beachtung wert.

Und diesen Anlauf zu einer modernen Gestaltung finden wir noch bei einem Schriftsteller jener Epoche, bei Krug[33]), dessen Ausführungen wir folgendes entnehmen:

„Es giebt wenigstens bei einigen und den wichtigsten Verbrechen einen Punkt, wo die Handlung gewissermassen einen Stillstand macht, und mit dessen Überschreitung sie nicht bloss einen höheren Grad ihrer Äusserung, sondern eine höhere objektiv erkennbare Stufe ihrer Existenz erreicht. Dies ist das sog. delictum perfectum, der beendigte Versuch" u. s. w[34]).

„Nur als Versuch mit untauglichen Mitteln und an untauglichen Objekten lässt sich der Begriff des beendigten Versuchs, aber mit verminderter Strafbarkeit, auf alle Verbrechen anwenden . . . . der natürliche Begriff desselben passt aber nur auf Verbrechen, zu deren Thatbestand ein von der Handlung sich absondernder, dem Zufall preisgegebener Erfolg gehört, ... deren Vollendung noch eine Fortentwickelung der Handlung nach Beendigung der Thätigkeit des Urhebers erfordert[35])."

---

[33]) Versuch der Verbrechen, 1854.

[34]) a. O. S. 34, ferner S. 35 Anm. 94.

[35]) Am nächsten kommt Krugs Vorschlägen anscheinend das mexikanische Str. G. B. art. 19, 25 u. 26. Dasselbe unterscheidet drei Stufen des Versuchs:

1°. conato: der Begriff ist der unseres unbeendigten Versuchs;

2°. delito intentado: liegt vor, wenn der Konsummationsakt (ultimo acto) vorbei, und der Nichteintritt des Erfolges auf offenbare Untauglichkeit (evidentemente inadecuados) der Mittel oder des Objekts zurückzuführen ist;

3°. delito frustrado: wenn der Konsummationsakt (ultimo acto) vorüber, und der Erfolg nur aus äusseren, vom Willen des Thäters unabhängigen Gründen vereitelt worden ist. Delito intentado und frustrado sind nur zwei Erscheinungsformen des strafbaren beendigten Versuchs. Vielleicht ist diese Unterscheidung nur ein Rest der Einteilung der Delikte in formale und materielle, und dann würde das delito intentado den beendigten Versuch in seiner Erscheinungsform bei den formalen Delikten, das delito frustrado in seiner Erscheinungsform bei den materiellen bedeuten. Es ist aber auch möglich, dass die Unterscheidung einem anderen äusserst richtigen Gedanken entsprungen ist. Wer nämlich „absolut untauglichen" Versuch straft und bei ihm auch „beendigten" Versuch annimmt, thut offenbar recht daran, ihn milder zu strafen als den gewöhnlichen

Und so definiert Krug den beendigten Versuch schliesslich als die „beendete verbrecherische Thätigkeit“[36][37]).

beendigten Versuch. Jedenfalls entspricht die Differenzierung den von Krug entwickelten Ausführungen.

[36]) Von falschem Verständnis zeugt dagegen der Vorschlag Krugs (a. O. S. 37), „bei gewissen Verbrechen, wo der Begriff des beendigten Versuchs nicht passt, gewisse objektiv erkennbare, sehr nahe Versuchshandlungen dem beendigten Versuch gleichzustellen, z. B. beim Raub die Anwendung von Gewalt“. Vergl. übrigens ein analoges Bestreben im sächsischen Str. G. B.; s. oben S. 37 Anm. 29. Solche Palliativmittel vermögen nicht die Lücken eines Systems auszufüllen.

[37]) Zweifel an der Berechtigung der Gradation in unbeendigten und beendigten Versuch finden wir in dieser Epoche nur bei Otto, Versuch d. Verbrechen, Leipzig 1854, S. 21 ff. u. Hälschner, a. O. S. 206 u. 207. Auch Beseler, Kommentar z. preuss. Str. G. B., Leipzig 1851, sieht in der Scheidung nur eine quantitative Differenz, die von Bedeutung sein kann, „weil dadurch für die Strafzumessung ein fester Anhaltspunkt gewonnen wird“.

Zweiter Abschnitt.

Reichsgesetzgebung, neueste Doktrin und Ergebnis.

I. Das Reichsstrafgesetzbuch und die Novelle von 1876.

In dem ersten Entwurf zum norddeutschen Str. G. B (Juli 1869) trat an die Stelle[1]) des § 31 des preussischen Str. G. B. folgender § 37:

„Ein strafbarer Versuch liegt vor, wenn der Entschluss zur Verübung eines Verbrechens oder Vergehens durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt, und die Vollendung nur durch äussere von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert oder unterblieben ist.

Dass diese letzten Worte, im Vergleich mit dem unterliegenden Paragraphen des preussischen Str. G. B., eine erhebliche Verwischung des Unterschiedes zwischen beendigtem und unbeendigtem Versuch enthalten, liegt auf der Hand[2]).

Eine Änderung im Sinne einer Klärung wies denn auch schon der zweite Entwurf vom 1. Dezember 1869 auf.

Dem § 46 unseres R. Str. G. B. liegt nun der § 44 jenes zweiten Entwurfes zu Grunde.

Die Kursschwenkung, welche das R. Str. G. B. in den §§ 43 und 46 vorgenommen hat, besteht aber in folgendem: Die früheren den Versuch mit Strafe bedrohenden Normen der Gesetzbücher setzten die Bedingungen fest, unter welchen er strafbar sein sollte. Die heutige Behandlungsweise straft prinzipiell den Versuch immer. Sie setzt aber umgekehrt die Bedingungen fest, unter welchen er straflos sein soll. Dass dabei für die Klarheit viel gewonnen wird, ergiebt sich schon daraus, dass man das ominöse „fehlgeschlagene Verbrechen“ (délit manqué), dessen Gleichstellung mit dem beendigten Versuch so viel Verwirrung erregt hatte, von nun ab ent-

[1]) Vgl. Berner, Gutachten a. O. § 12.

[2]) Dies rügte auch Berners im Oktober 1869 erschienene Kritik d. Entw. S. 73.

behren kann. Daher billigt auch Carrara[3]) das Fallenlassen des delitto mancato im deutschen R. Str. G. B., denn „è cosa difficile a capirsi dai non giuristi, che produce nella pratica insuperabili difficoltà ed ingiusticie".

Der § 46 behandelt nun unter no. 1 den aufgegebenen, unter no. 2 denjenigen Versuch, bei welchem der Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet worden ist.

Dass die Nr. 1 den unbeendigten Versuch behandelt, darüber kann wohl kein Zweifel bestehen; denn „aufgeben" kann man nur den unbeendigten Versuch. Ob aber die Nr. 2 den beendigten Versuch behandelt, darüber herrscht Streit.

Gegner der Ansicht, dass im R. Str. G. B. § 46 Nr. 2 der beendigte[4]) Versuch behandelt sei, sind besonders Schütze[5]), Baumgarten[6]) und H. Meyer[7]).

Schütze meint a. O. S. 139: „Grade des Versuches verwirft das Str. G. B. schlechthin, so die an sich unhaltbare Unterscheidung in beendigten und nichtbeendigten", und weiter, es handele sich in § 46 des Str. G. B. nur um Versuch, der „mehr oder minder vorgeschritten" sei, m. a. W. Schütze nimmt nur das Vorhandensein eines quantitativen Unterschiedes zwischen den Versuchsstufen sub no. 1 und 2 des § 46 an. Baumgarten sagt a. O. ohne jede nähere Begründung, es sei zu billigen, „dass das R. Str. G. B. die letzte Reminiscenz der gesetzlichen Anerkennung einer Unterscheidung innerhalb des Versuchsbegriffes fallen liess". Hugo Meyers Argumentation ist dagegen folgende: Beendigter Versuch liege erst dann vor, wenn der kritische Moment, der über das Eintreten von Erfolg oder Misserfolg entscheiden solle, vorüber sei, und zwar im Sinne eines Misserfolges; daher sei es auch unnötig[8]), einen Unterschied zwischen beendigtem Versuch und fehlgeschlagenem Verbrechen statuieren zu wollen, denn ersterer trete strafrechtlich nur in der Form des letzteren in Erscheinung. Da nun aber im § 46 no. 2 der Thäter den Erfolg noch abgewendet habe, bevor jener kritische Moment einge-

[3]) Nota al § 43 in Codice penale dello imperio germanico, tradotta da Gualtireotti-Morelli e da Fervei, e annottato da Ellero e Carrara 1874.

[4]) Die §§ 158, 163, 204, 209, 310 des Str. G. B. kommen natürlich nicht in Betracht, da sie nicht beendigten Versuch, sondern vollendetes Verbrechen im Auge haben.

[5]) Lehrb. 2. Aufl. S. 142 no. 45.

[6]) a. O. S. 443, 44.

[7]) Lehrb. 1895 S. 216.

[8]) a. O. Anm. 76.

treten sei, so habe noch kein beendigter Versuch vorgelegen, und dieses Stadium des Versuchs sei mithin im R. Str. G. B. nicht behandelt.

Es muss wohl als eine petitio principii aufgefasst werden, wenn Meyer behauptet, der beendigte Versuch trete „strafrechtlich“ nur in der Form eines fehlgeschlagenen Verbrechens in Erscheinung. Dass er dies gerade nicht thut, beweist eben unser R. Str. G. B. in § 46 no. 2. Meyer meint offenbar nicht „strafrechtlich“, sondern „strafbar“; das ist aber etwas anderes.

Die ganze Misslichkeit der französischen Lehre ist wieder da, wenn wir beendigten Versuch und fehlgeschlagenes Verbrechen identificieren.

So sind denn auch die meisten neuen Kriminalisten der Ansicht, dass wir im § 46 no. 2 des R. Str. G. B. den beendigten Versuch vor uns haben. Vor allen Berner[9]), dann aber auch Olshausen[10]), Oppenhoff[11]) und v. Liszt[12]); derselben Ansicht sind auch das Reichsgericht[13]) und die Motive zur Novelle von 1876[14]).

Das R. Str. G. B. berücksichtigt also den beendigten Versuch; es berücksichtigt aber nur dasjenige Stadium desselben, wo „thätige Reue“ noch möglich war und auch wirklich gewaltet hat. Es enthält dagegen keine Bestimmung für dasjenige Stadium des beendigten Versuchs, welches bereits die Erscheinungsform des fehlgeschlagenen Verbrechens angenommen hat.

Dies Stadium ist zwar — wie alle strafbaren Fälle des Versuchs — im Wortlaut des § 43 mit enthalten, es wird aber nicht gegenüber den Fällen des strafbaren unbeendigten Versuchs besonders hervorgehoben.

Diese Lücke wollte nun der Entwurf einer Novelle zum R. Str. G. B. v. 26. Februar 1876 ausfüllen und dem § 44 des R. Str. G. B. folgende Fassung geben:

„Das versuchte Verbrechen oder Vergehen ist milder zu bestrafen, als das vollendete.

Ist das vollendete Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter 3 Jahren, wenn aber der Thäter seinerseits alle zur Be-

[9]) Gutachten a. O. § 12 S. 25.

[10]) Kommentar, 1892, S. 167, Note 6 zu § 46 und die dort Citierten.

[11]) Kommentar, 1891, zu § 46.

[12]) Lehrbuch, 1894, S. 174.

[13]) Entsch. i. Strafs. XV. 44 u. XXII. 363.

[14]) a. O. S. 23: Der beendigte Versuch sei im R. Str. G. bereits „anerkannt und berücksichtigt“.

gehung des Verbrechens erforderlichen Handlungen vorgenommen hat, und der zur Vollendung gehörige Erfolg nur infolge von Umständen, welche von dem Willen des Thäters unabhängig waren, nicht eingetreten ist (beendigter Versuch), Zuchthausstrafe nicht unter 10 Jahren ein" u. s. w.

Die nächsten Absätze enthielten in analoger Weise Strafschärfungen für den Fall des beendigten Versuchs.

Die Motive sagen[15]): „Der Entwurf hat kein Bedenken getragen, sich derjenigen Definition anzuschliessen, welche die meisten deutschen Strafgesetzbücher adoptiert hatten, und welche von der Mehrzahl der deutschen Schriftsteller verteidigt wird. Überdies stimmt der von dem Entwurf zu Grunde gelegte Begriff des beendigten Versuchs mit derjenigen Auffassung überein, welche die neuere französische Wissenschaft (Ortolan, éléments no. 990) mit dem délit manqué und der neueste italienische Entwurf art. 72 mit dem delitto mancato verbindet."

Berner, dem wir die erste wissenschaftliche Kritik des Entwurfs und seiner Motive danken[16]), hat sich, und nicht mit Unrecht, bitter über die Motive ausgesprochen, den Entwurf selbst aber im allgemeinen günstig beurteilt.

Was nun zunächst die Motive anlangt, so hätte in der That der Gesetzgeber dem Entwurf kaum eine schlechtere Empfehlung mit auf den Weg geben können.

Da wird uns versprochen: die objektive Definition der deutschen Strafgesetzbücher mit den derselben unausbleiblich anhaftenden Mängeln; die Verwirrung der Begriffe, wie sie die französische Wissenschaft und besonders Ortolan aufweist; die verfängliche Terminologie, die wir auch noch in dem italienischen Entwurf finden — und das alles, nachdem unser R. Str. G. B. jene Fehler auf das glücklichste vermieden hatte.

Ganz so schlimm ist freilich der Entwurf selber nicht. Er verlangt: „alle zur Begehung des Verbrechens erforderlichen Handlungen", freilich „alle", und das ist zu viel.

Man verfällt wieder dem Objektivismus der gemeinen deutschen und italienischen (Carrara) Doktrin, wenn man „alle" zur Begehung des Verbrechens erforderlichen Handlungen verlangt[17]).

[15]) Vgl. Berner, Gutachten S. 15.

[16]) Vgl. Berner, Gutachten a. O.

[17]) Über die Konsequenzen einer objektiven Formulierung vgl. unten S. 58.

Auch das Wort „Begehung“ ist misslich, denn es scheint wieder auf die Fähigkeit der vollbrachten Handlungen, das Verbrechen zu „begehen“, d. h. zu vollenden oder den Erfolg herbeizuführen, hinzudeuten.

Deshalb schlägt schon Berner a. O. das Wort „Ausführung“ dafür vor, und zur Vermeidung jedes Missverständisses thäte man immer gut, dieses Wort dafür einzusetzen.

Bedenklich ist auch die Beifügung der Bezeichnung „beendigter Versuch“ in Klammer; denn diese Bemerkung muss unwillkürlich die Vorstellung erwecken, als erschöpfe der geschilderte Thatbestand den Begriff des beendigten Versuchs, während beendigter Versuch doch auch dann vorhanden ist, wenn der Erfolg durch eigene Thätigkeit des Verbrechers abgewendet wurde.

Vorzuziehen wäre daher der Terminus: „fehlgeschlagenes Verbrechen“ gewesen.

Bekanntlich hat der Reichstag — nicht die Einführung des beendigten Versuchs, — denn dieser befindet sich ja schon darin — aber die besondere kriminelle Behandlung desselben abgelehnt[18]).

Dass damit aber nicht zugleich die neuere deutsche Doktrin den Unterschied des unbeendigten und beendigten Versuchs als aufgegeben ansieht und noch keineswegs in ihrer Allgemeinheit auf eine besondere kriminelle Behandlung des beendigten Versuchs verzichtet hat, das beweist der immer noch währende Streit über diesen Punkt.

Es musste daher gerechtes Befremden erregen, als v. Schwarze bei Beratung jener Novelle im Reichstage die Behauptung aufstellte, dass der beendigte Versuch von der Wissenschaft längst zurückgewiesen sei[19]).

II. Neueste Doktrin.

Gewichtig sind allerdings die Stimmen, welche sich gegen die Beibehaltung der Unterscheidung erheben, gewichtig weniger durch die Zahl, als vielmehr durch das Ansehen, das sie in der wissenschaftlichen Welt geniessen.

Die Argumente dieser Gegner richten sich fast durchgängig gegen die Gerechtigkeit der Unterscheidung und lassen sich dahin zusammenfassen, dass sie der Meinung sind, der Moment, wo die Versuchshandlung unterbrochen würde, bestimme sich meist rein

[18]) Vgl. Drucksachen des Reichstags no. 54.

[19]) Vgl. den Bericht: „Le novelle al codice pen. german.“ in der Rivista pen. febbr. e marzo 1876, p. 131.

zufällig, mithin sei es ungerecht, es den Verbrecher entgelten zu lassen, dass er gerade erst später unterbrochen worden sei. Dazu komme, dass die Stufe des beendigten Versuchs in der Skala der Handlungen bei den einzelnen Delikten bald höher, bald niedriger stände, und der Delinquent infolgedessen — je nach dem vorliegenden Verbrechen — bald besser, bald schlechter fahren würde, ohne dass man ihn in dem einen oder anderen Sinne dafür verantwortlich machen könne[20]).

Im einzelnen nuancieren sich allerdings noch die Ansichten der Gegner. Dass sie den beendigten Versuch verwerfen, kann uns nicht wunder nehmen, denn — mit Ausnahme von Janka — sind sie alle der Ansicht, dass die Stufe des beendigten Versuchs nur einen rein quantitativen Fortschritt in der verbrecherischen Thätigkeit markiere.

Bleibt man allerdings so auf der Oberfläche, so wird man dem Geiste unserer Unterscheidung in keiner Weise gerecht.

Mindestens ebenso gross ist jedoch das Gewicht, welches zu Gunsten der Beibehaltung unserer Unterscheidung in die Wagschale fällt, gross sowohl durch die Autorität der Vertreter dieser Ansicht, als ganz besonders dadurch, dass diese Vertreter oft ganz entgegengesetzten Anschauungen in den prinzipiellen Fragen unserer Wissenschaft huldigen, und es daher von doppelter Bedeutung sein muss, wenn sie sich einmütig und sogar meist aus denselben Gründen über unsere Frage äussern.

Es seien hier nur genannt Berner, v. Liszt, Olshausen, Oppenhoff und H. Meyer[21]). Über Berners Verdienste um eine Klärung der geschichtlichen Entwickelung unserer Lehre ist bereits an den einschlägigen Stellen ausführlich gehandelt. Hier sei nur seiner

---

[20]) So: Hälschner, preuss. Straf-R., allg. Teil, S. 206 u. 207; Binding, Entw. eines Str. G. B. f. d. nordd. Bund, Leipzig 1869, S. 76; Baumgarten, a. O. S. 443. Ähnlich: John, Entw. eines Str. G. B. mit Motiven, 1868, S. 207; v. Schwarze in Holtzendorffs Handb. II. 1871, S. 281; Pfenniger, Strafrecht d. Schweiz, Berlin 1890, S. 788; Schütze, deutsch. Strafrecht S. 139. Nicht so unbedingt dagegen: Janka, österr. Strafrecht, 1890, S. 139. Vgl. darüber unten S. 54, Anm. 2.

[21]) Wie Kohler zu der Frage steht, lässt sich mit Sicherheit nicht ersehen, doch ist Grund anzunehmen, dass auch er das Qualitative und Bedeutungsvolle unserer Unterscheidung anerkennt, wenn er z. B. in seinen Studien, Mannheim 1890, S. 39, bei Gelegenheit einer Widerlegung der Ansicht derjenigen, welche glauben, der Thäter habe es beim untauglichen Versuch schlechter als beim tauglichen, da beim untauglichen kein Rücktritt möglich sei, bemerkt: „Dies Argument beruht auf der irrtümlichen Identificierung zwischen dem gewöhnlichen Versuch und dem délit manqué."

Stellungnahme zu der Frage gedacht, ob der Unterscheidung zwischen dem unbeendigten und beendigten Versuch eine qualitative und aktuelle Bedeutung zuzumessen sei. Und da kann es denn mit Genugthuung konstatiert werden, dass Berner 30 Jahre[22]) hindurch derselben Ansicht gehuldigt hat, welche auch die neueste Doktrin als die einzig richtige anerkennen muss. Er gelangt, indem er auf die qualitativ veränderte Lage hinweist, welche der Eintritt des Thäters in das Stadium des beendigten Versuchs schafft, zur Bejahung der Gerechtigkeit unserer Unterscheidung. Als Legaldefinition stellt er, im Gegensatz zu der objektiven und subjektiven Formel eine dritte auf, welche lautet: „der Thäter müsse die zur Ausführung erforderliche Handlung erfolglos beendigt haben“[23]).

An Berner haben sich denn auch v. Liszt[24]), Oppenhoff[25]) und Olshausen[26]) angeschlossen.

Auf einem anderen Standpunkt steht dagegen H. Meyer[27]),

[22]) Von seinem Aufsatz im Gerichtssaal 1865 bis zur jüngsten Auflage seines Lehrbuchs 1895.

[23]) Die ausführliche Erörterung der Bernerschen Formel vgl. unten S. 59 ff.

[24]) Lehrb. 1894, 6. Aufl., S. 174 ff. u. Anm. 5; vgl. auch v. Liszt in d. Ztschr. f. d. gesamte Strafr.-Wissensch. 1881, I. S. 93 ff. Da v. Liszt das fehlgeschlagene Verbrechen für eine Species des untauglichen Versuchs erklärt, so versetzt er seine Theorie über jenes in eine gewisse Abhängigkeit von seiner Theorie über dieses; vgl. Lehrb. § 47 („Theorie von der nachträglichen Prognose“).

[25]) Kommentar, 2. Aufl. zu § 46. Seine Ausdrucksweise hat einen etwas zu objektivistischen Anstrich.

[26]) Kommentar, 1892, Note 6 zu § 46. Im Anschluss an Olshausen sei noch einer terminologischen Frage gedacht. Olshausen und Berner sprechen von „fehlgeschlagenem Versuch“, v. Liszt von „fehlgeschlagenem Verbrechen“. Welche Bezeichnung erscheint als die geeignetere? Und da muss zunächst eingeräumt werden, dass alle beide ganz strengen Erfordernissen nicht genügen. In weiterem Sinne ist jeder Versuch fehlgeschlagenes Verbrechen und daher die Bezeichnung „fehlgeschlagenes Verbrechen“ für einen Teil des Versuchs nicht geeignet. Der Ausdruck „fehlgeschlagener Versuch“ dagegen ist offenbar ein Pleonasmus, hat dafür aber den Vorzug, dass die Zugehörigkeit des fehlgeschlagenen Delikts zum Versuch auch zur sinnlichen Wahrnehmung gelangt, was für die Festlegung des deutschen Standpunkts gegenüber dem italienischen und französischen immerhin von Bedeutung ist. Wenn trotzdem im Verlauf der Arbeit der Ausdruck „fehlgeschlagenes Verbrechen“ angenommen ist, so geschah es, weil er das kleinere Übel zu sein scheint. Nicht die Versuchshandlungen schlagen fehl, denn die sind ja beendet, sondern die Vollendung des Verbrechens ist es, welche das Fehlschlagen erleidet. Indessen ist zuzugeben, dass man sich auch mit vollem Recht auf die Seite der andern Terminologie stellen kann.

[27]) Lehrb. 1895, S. 216 ff. Anm. 76.

welcher zwar für eine qualitative Unterscheidung und besondere kriminelle Behandlung des beendigten Versuchs eintritt, aber nicht die Bernersche Definition annimmt, sondern eine subjektivistische: „was vom Thäter zur Herbeiführung des Erfolges bestimmt war“[28]).

Endlich hat auch die neueste Doktrin eine dem von Romagnosi[29]) vertretenen relativen Objektivismus analoge Theorie ausgebildet in der sog. „Theorie von der potentiellen Kausalität“. Diese Theorie wird unter dem Namen einer „nachträglichen Prognostizierung“ von v. Liszt vertreten und findet sich, allerdings seltsam entstellt, in dem Buche von L. Cohn: „Zur Lehre vom versuchten und vollendeten Verbrechen“[30]).

Dazu, eine Unterscheidung zwischen unbeendigtem und beendigtem Versuch zu geben, gelangt Cohn überhaupt garnicht, denn er definiert den ganzen Versuch[31]) als „die Vornahme einer Handlung, welche geeignet ist, die zum Thatbestande eines Verbrechens erforderliche Folge[32]) hervorzurufen, damit dieselbe in concreto eintrete, deren Ausbleiben vorausgesetzt“.

Mithin sehen wir, dass Cohn als „Versuch“ überhaupt nur den „beendigten Versuch“ gelten lässt[33]) und alles, was man gewöhnlich sonst noch „Versuch“ nennt, „unvollendetes Verbrechen“ betitelt[34]).

Dass dies in der That seine Absicht ist, sagt er ausdrücklich[35]), wenn er behauptet, dass durch die Insertion der Worte „ou n'a manqué son effet“ in den art. 2 des Code pénal nicht etwa der beendigte Versuch, sondern der Versuch überhaupt erst geschaffen worden sei.

Da Cohns „Versuch“ identisch mit unserm „beendigten Versuch“ ist, so müssen wir notgedrungen, was er vom Versuch überhaupt zu lehren glaubt, als seine Lehre vom beendigten Versuch gelten lassen. Von diesem letzteren verlangt er also, ähnlich wie Romagnosi und die anderen, wie er es nennt, „potentielle Kausalität“[36]).

[28]) Subjektivist ist auch Heinze in Heidelberg.

[29]) Vgl. auch Weber, Hufnagel u. Breidenbach.

[30]) Vgl. die ziemlich abfällige Kritik von v. Liszt, Ztschr. 1881, I. Seite 93 ff.

[31]) a. O. S. 367.

[32]) „Folge“ soll offenbar so viel heissen wie „Erfolg“, eine übrigens schon von Berner öfters gerügte Ungenauigkeit der Ausdrucksweise.

[33]) Anscheinend sogar noch auf die sog. materiellen Delikte beschränkt.

[34]) a. O. S. 699.

[35]) a. O. S. 698.

[36]) Die aus einer solchen Behandlungsweise entspringenden Fehlerquellen sei es gestattet, unten zu würdigen.

Wie man sich übrigens zur Cohnschen Lehre stellen mag, so viel lässt sich mit Sicherheit behaupten: wer einen so grossen Unterschied zwischen dem unbeendigten und beendigten Versuch macht, dass er den ersten überhaupt vom Versuchsbegriffe ausschliessen und ihm unter dem Namen „unvollendetes Verbrechen" nur eine untergeordnete strafrechtliche Existenz belassen will, der nimmt jedenfalls zwischen dem unbeendigten und beendigten Versuch einen eminent qualitativen Unterschied als vorliegend an und verlangt auch, dass das Gesetz für jeden der beiden einen besonderen Strafsatz aufstelle. Von diesem Standpunkt aus gehört also Cohns Theorie hauptsächlich in den Kreis unserer Betrachtungen.

III. Überblick und Ergebnis der gesamten Entwickelung.

Von dem § 46 des R.Str.G.B. ist unsere Arbeit ausgegangen. In der Einleitung musste dieser Paragraph als ein verhältnismässig schwacher Niederschlag bezeichnet werden, der eine jahrhundertelange Entwickelung nicht sofort vermuten lässt.

Das hat sich in dem zweiten Hauptteil, der besonders dem geltenden deutschen Rechte gewidmet war, wohl auch bestätigt, vor allem, wenn man den heutigen Stand der ausländischen Gesetzgebung dagegen hält.

Anders war es schon in dem Regierungsentwurf der Novelle von 1876, bei der aber leider zu sehr der italienisch-französische Einfluss zur Geltung kam.

Denn es muss immer wieder betont werden, dass unser beendigter Versuch keineswegs nur aus dem delitto mancato und délit manqué hervorgegangen ist, sondern dass wir Deutschen unsere eigene Entwickelung haben, deren Anfänge weit vor dem Beginn der italienisch-französischen zurückliegen[37]).

Ein modernes deutsches Gesetz muss mithin einen Begriff bieten, der das Ergebnis einer Verschmelzung dieser beiden Entwickelungsreihen ist.

Das deutsche delictum perfectum vor der Reception — wenn dieser Ausdruck gestattet ist — war im Grunde genommen nichts als die höchste Stufe des conatus proximus.

Was seinen Charakter anlangte, so hatte es bereits im preuss. Ldr. (II. 20. § 40) einen objektivistischen Zug angenommen, und eine Gesetzesauslegung hätte auch keine Schwierigkeit gehabt, die Versuchsstufe, die der betreffende Paragraph des A.L.R. mit ausgezeich-

[37]) Die Frage freilich, ob die Entwickelung bis Menochius heraufreicht, musste oben offen gelassen werden; vgl. oben S. 12 ff. u. 16.

neter Strafe bedrohte, nur für die sog. „materiellen Delikte“ gelten zu lassen.

Es folgt nun, erst unmerklich, dann aber immer deutlicher wahrnehmbar, die Reception der fremden Begriffe.

Leider aber haben die Deutschen weder das delitto frustrato Romagnosis, noch die tentative manquée der Franzosen recipiert.

Zur Zeit der deutschen Reception hatte die französische Verwirrungsarbeit bereits zum grossen Teil ihre Schuldigkeit gethan. Aus der tentative manquée war das délit manqué geworden, und auch das italienische delitto frustrato Romagnosis hatte zwar nichts seiner ursprünglich guten Eigenschaften eingebüsst, war aber von seinen eigenen Landsleuten zu dem delitto mancato, einem Zwilling des délit manqué, verflacht worden.

Darauf ist an den einschlägigen Stellen hingewiesen worden.

Wenn das Bild gestattet ist: die ganze französisch-italienische Entwickelung macht den Eindruck eines sich stückweis vollziehenden Bergrutsches.

Das delitto frustrato steht schon erheblich tiefer als die tentative manquée des art. 2 des Code pénal; denn wenn auch die letztere bereits den Krankheitskeim in ihrem Namen trägt, so war doch das erstere schon terminologisch und begrifflich vom tentativo losgelöst, bildete einen engeren Begriff für sich und hatte zugestandener Massen keinen Raum für diejenigen Fälle des beendigten Versuchs, wo der Erfolg durch eigene Thätigkeit des Verbrechers abgewendet worden war.

Jetzt bröckelt aber von der tentative manquée ein Stück nach dem anderen ab. Die tentative wird zum délit. Damit ist die Scheidung terminologisch vollzogen. Weiter wird ausdrücklich zum wesentlichen Bestandteil des délit manqué die Unmöglichkeit der „thätigen Reue“ erhoben.

Damit hat diese letztere jeden Boden im französischen System verloren.

Sodann wird noch vollkommen taugliche Handlungsweise verlangt, und — was schon unausweichliche Folge dieses Postulats gewesen wäre — noch ausdrücklich gesagt, nämlich die Beschränkung auf die sog. materiellen Delikte.

Die Entwickelung in Italien ist eine analoge. Den ersten Schritt braucht man dort nicht erst zu thun, denn er war bereits gethan.

Den zweiten vollzog der überspannte Objektivismus eines Carrara.

Ihrem augenblicklichen Zustande nach ist zwischen delitto mancato und délit manqué kein Unterschied mehr vorhanden.

In unserer deutschen Entwickelungsgeschichte finden wir einen Vorgang, der sich unzählige Male abgespielt hat.

Die Deutschen haben fremde Begriffe resp. Ausdrücke niemals aus erster Hand empfangen, sondern regelmässig durch die Vermittelung der Franzosen bezogen.

Damals zwar hatte schon in Frankreich die Verengung des délit manqué stattgefunden, nicht aber jene völlige Verflachung des delitto frustrato in Italien.

Die Deutschen haben aber diesen letzteren Begriff nicht viel beachtet. Wenige, wie Mittermaier, Zachariä und schliesslich Berner haben sich um das Verhältnis zwischen delitto mancato und délit manqué gekümmert.

Im allgemeinen haben Gesetzgebung und Doktrin nur das délit manqué recipiert.

Da übrigens das heutige delitto mancato der Italiener sich durch nichts vom französischen délit manqué unterscheidet, so wäre am Endpunkte vielleicht die Entwickelung dieselbe gewesen, es sei denn, dass es deutscher Gründlichkeit gelungen wäre, den in seinem eigenen italienischen Vaterlande verkannten Begriff in seiner Reinheit zu erhalten.

Die nächste Wirkung, welche die Reception in Deutschland ausübt, ist die Erhebung der Einteilung vom unbeendigten und beendigten Versuch zur prinzipalen.

Was einer unserer grossen Romanisten einmal vom römischen Recht gesagt hat: „es habe dem deutschen Geburtshülfe geleistet", das gilt auch hier. Dem nach Emanzipierung und Befreiung von der alten Systematik ringenden delictum perfectum hat die romanische Doktrin im eigentlichen Sinne Geburtshülfe geleistet.

Die Stufen des conatus remotus und proximus werden sozusagen mediatisiert, indem sich zwischen sie und den Versuch das Mittelglied des unbeendigten Versuches schiebt.

Daneben läuft aber die deutsche Fortbildung, welche vor allem Feuerbach und Schröter den geeigneten Namen „beendigter Versuch" finden lässt und eigentlich dadurch eine Kautel schafft, die Stufe des beendigten Versuchs nicht vom Versuchsbegriff zu eximieren.

Nichtsdestoweniger thun bald die fremden Begriffe ihr Werk. Der überspannte Objektivismus und die daraus sich ergebenden Forderungen von absoluter Tauglichkeit, sowie die Beschränkung auf die sog. materiellen Delikte treten immer mehr in den Vordergrund.

Die Identificierung des beendigten Versuchs mit dem délit

manqué lässt nun nicht mehr lange auf sich warten. Vergebens widersetzen sich Männer wie Breidenbach der allgemeinen Verwirrung. Ihre Stimme wird übertönt, und Köstlin darf es schon wagen, den Deutschen „den richtigen Takt der Franzosen" als Vorbild hinzustellen, welche beim délit manqué — wie Köstlin identificiert —, also beim beendigten Versuch thätige Reue für unmöglich erklären.

Diesen Irrtümern verfällt auch das preussische Obertribunal, trotzdem das preussische Strafgesetzbuch, indem es in dankenswerter Weise versucht, dem art. 2 des C. p. neues Leben einzuhauchen und das zweideutige Wort: „manqué" durch das neutrale „erfolglos" wiedergiebt, das Seinige gethan hatte, um der Verwirrung vorzubeugen.

Männer wie Goldtammer und besonders Berner bringen nun allmählich Licht in die Frage. Man beginnt, die Irrtümer zu erkennen, emanzipiert sich von den fremden Begriffen, und der norddeutsche Bund, später das deutsche Reich bringen auch ein neues Strafgesetzbuch und in ihm die §§ 43 und 46.

Diese Paragraphen erscheinen als die Frucht einer wissenschaftlichen Reaktion. Man war — bei den warnenden Worten Berners — zurückgeschreckt vor der Verwirrung, in die man durch jene Begriffe vom unbeendigten und beendigten Versuch, tentative und délit manqué, geraten war, und beeilte sich daher, nicht nur die Namen — denn das war schon im preussischen G.B. geschehen —, sondern auch die Begriffe als Erfordernisse des Versuchs aus dem neu zu bildenden Versuchs-§ (§ 43) zu entfernen.

Man verzichtete auf ihre kriminelle Unterscheidung und benutzte sie nur, um die Eventualitäten einer Straflosigkeit des Versuchs erschöpfend darzulegen.

Ein Rückschlag im umgekehrten Sinne war unausbleiblich; ihn brachte der Entwurf einer Novelle von 1876, in welchem Sinn, haben wir gesehen.

Dritter Abschnitt.

Dogmatische Ausführungen.

I. Feststellung des Unterschiedes und Definition.

Wenn es wahr ist, dass unser R.Str.G.B. die Fundgrube, welche in der Scheidung des Versuchs in unbeendigten und beendigten liegt, nicht ausgenutzt hat, und der Endpunkt der Entwickelung noch nicht erreicht ist, dann ist es auch berechtigt, eine dogmatische Deduktion der Begriffe beider Versuchsstufen zu unternehmen.

Die Verquickung der Gradation in unbeendigten und beendigten Versuch mit den Fällen der Straflosigkeit des Versuchs, welcher wir in den meisten Gesetzgebungen und zuletzt noch in unserm R.Str.G.B. begegnen, kann unmöglich auf einem Zufall beruhen. Gehen doch einige Schriftsteller, z. B. Baumgarten, so weit, zu behaupten, dass in der Anwendung auf diese Fälle der Straflosigkeit des Versuchs der einzige Wert der Gradation bestehe.

Wenn nun auch solche Behauptungen weit über das Ziel hinausschiessen, so finden wir doch schon in der Epoche, wo ein ungenauer Sprachgebrauch das Wort „Rücktritt" im gegebenen Falle bei beiden Stufen des Versuchs anwendet, eine Differenzierung in der eben geschilderten Art.

Der Grund liegt auf der Hand. Der Tadel der Inkorrektheit, welcher diese gleichmässige Anwendung des Wortes „Rücktritt" auf beide Grade trifft, enthält zugleich den Weiser für den einzuschlagenden Weg.

„Zurücktreten" kann der Thäter nur so lange, als er die Handlung noch nicht vollendet hat Hat er sie erst soweit gebracht, dass er nun den Naturkräften, bezw. dem ihm zum Werkzeuge dienenden Individuum das Weitere überlassen kann, so ist seine Assistenz so wie so nicht mehr von nöten, und ein Rücktritt in diesem Augenblick wäre nichts als ein Teil der ihm zufallenden Rolle.

Will der Thäter daher jetzt immer noch Straflosigkeit verdienen, so muss er eine ganz neue Thätigkeit entfalten, wodurch

seine getroffenen Veranstaltungen soweit zurückgeschraubt werden, dass es erst wieder einer neuen Kraftanstrengung bedürfen würde, um sie in den status quo zurückschnellen zu lassen.

Nur ein voreingenommener Gegner unserer Scheidung kann den Unterschied verkennen, der zwischen diesen beiden zur Straflosigkeit des Thäters erforderlichen Verhaltungsarten liegt.

Freilich ist auch für den einfachen „Rücktritt" ein neuer, entgegengesetzter Willensentschluss erforderlich; freilich muss sich auch bei dem „Rücktritt" dieser neue Willensentschluss in eine neue Thätigkeit umsetzen, welche der bisherigen insofern entgegengesetzt ist, als sie die entgegengesetzten Ergebnisse bewirkt.

Aber diese neue Thätigkeit besteht in einem rein negativen Verhalten des Thäters, während in dem anderen Fall eine Aktivität erfordert wird, welche an Schnelligkeit und Stärke die bisher entwickelte Thätigkeit vielleicht um ein bedeutendes überragen muss, will sie den entfesselten Naturkausalismus noch rechtzeitig aufhalten und rückläufig machen.

Nun besteht aber zwischen dem Grad von Wahrscheinlichkeit, mit dem dieses neue Unternehmen gelingen wird, und demjenigen, mit welchem das einfache Einhalten von Erfolg sein wird, derselbe Unterschied wie zwischen Möglichkeit und Sicherheit überhaupt.

Mithin weist die Stufe des beendigten Versuchs im Vergleich zu der des unbeendigten nicht nur ein quantitativ grösseres Maass objektiver Gefährlichkeit auf, sondern auch ein qualitativ verschiedenes: die Gefahr ist nicht so sehr eine extensiv stärkere, als vielmehr eine intensiv höhere[1]).

Diese Intensität der Gefahr finden wir natürlich in noch ungleich höherem Grade bei solchen Erscheinungsformen des beendigten Versuchs, bei welchen sich der Thäter überhaupt der Möglichkeit begeben hat, den Eintritt des Erfolges durch eigene Thätigkeit abzuwenden.

Begriffsmässig müssen diese letzteren Fälle des beendigten Versuchs stets strafbar sein, weil bei ihnen beendigter Versuch und fehlgeschlagenes Verbrechen zusammenfallen[2]).

---

[1]) Es sei bei dieser Gelegenheit nochmals auf die Partikulargesetzbücher verwiesen, welche die Wahrheit dieser Anschauungsweise dadurch zum Ausdruck brachten, dass sie zwar dem Rücktritt vom unbeendigten Versuch Straflosigkeit, dagegen der thätigen Reue beim beendigten Versuch im besten Falle Strafmilderung oder -minderung angedeihen liessen.

[2]) Aus dieser in der Natur des betreffenden Deliktes liegenden Eigentümlichkeit aber zu folgern, dass die qualitativ ausgezeichnete Stellung des beendigten Versuchs eine Ungerechtigkeit involviere, wie Hälschner und Binding a. O., s. oben S. 45 u. 46, es thun, geht viel zu weit. Der Thäter kannte ja die Natur des von

Diese Notwendigkeit liegt dagegen bei den anderen Erscheinungsformen des beendigten Versuchs keineswegs vor, es muss erst eine gewisse Spanne Zeit vergehen, bevor hier der beendigte Versuch den Charakter des fehlgeschlagenen Verbrechens annimmt.

Beendeter Versuch liegt mithin vor, wenn die verbrecherischen Handlungen soweit gediehen waren, dass der rechtswidrige Erfolg nur noch durch eine neue Thätigkeit des Delinquenten selbst oder durch einen von seinem Willen unabhängigen Umstand abgewendet werden konnte, und eine dieser beiden Eventualitäten thatsächlich eingetreten ist.

Negativ kann man das noch ausdrücken: Beendigter Versuch ist diejenige Stufe des Versuchs, bei der Rücktritt — im strengen Sinne des Wortes — nicht mehr möglich ist.

Dies ist der Thatbestand; sein charakteristisches Merkmal, welches zugleich eine besondere kriminelle Behandlung rechtfertigt, ist die qualitativ verschiedene, intensiv höhere Gefahr.

II. Die Stufe des beendigten Versuchs im Verhältnis zu den verschiedenen Versuchstheorieen.

Da diese Gefahr stets nur relativ höher sein muss als die des unbeendigten Versuchs, so dürfen wir vollkommen abstrahieren von den zum Teil sehr weit auseinander gehenden Versuchstheorieen. Die extremste derselben straft schon die Kundgebung des verbrecherischen Willens als solchen[3]), eine gemässigtere, soweit diese Kundgebung „den Bestand der rechtlichen Ordnung gefährdet“[4]), eine dritte endlich, soweit diese Kundgebung thatsächlich menschlichen Rechtsgütern gefährlich war[5]).

---

ihm zu begehenden Deliktes; war sein Schritt zum beendigten Versuch zugleich ein Sprung ins fehlgeschlagene Verbrechen, so hat er eben sofort gethan, was bei anderen Delikten erst allmählich geht. Sein Entschluss, sich zu dieser intensiv hochgefährlichen Stufe aufzuschwingen, war mithin auch ein noch verbrecherischerer als der desjenigen, welcher beim Eintreten in den beendigten Versuch ja wusste, dass er noch thätige Reue entfalten konnte. Von einer Ungerechtigkeit und Ungleichheit reden zu wollen, liegt also gar kein Grund vor. S. auch Berner, a. O. Gutachten S. 30, und Kohler, a. O. Studien I. S. 38, 39 § 9.

[3]) So nach dem Vorgang v. Buris (s. Ztschr. f. d. gesamte Strafrechtswiss. I. 185) das R. G. in der Entsch. v. 24. Mai u. 10. Juni 1880. I. 439. Über die dem R. G. Beipflichtenden s. v. Liszt, Lehrb. § 47 Anm. 1. S. 182.

[4]) So Kohler, Studien I. 24, der zwar schon auf dem Gefährlichkeitsstandpunkt steht, die Gefahr aber bemessen will nicht danach, „wie die Sache ausgeführt, sondern wie die Sache geplant war“ (a. O. S. 25).

[5]) So v. Liszt, Lehrb. § 47 S. 183. Zu demselben Resultat kommt Berner, Lehrb. § 77 u. Anm. 3, allerdings aus anderen Gründen.

Es ist nicht nur nicht unsere Aufgabe, jenen allgemeinen Versuchstheorieen gegenüber Stellung zu nehmen, sondern man darf wohl noch weiter gehen und sagen: jede Definition des beendigten Versuchs, welche die Neutralität brechen zu dürfen sich anmasst, ist a priori unbrauchbar und zu verwerfen.

Die gänzliche Nichtachtung jenes obersten Grundsatzes ist denn auch — wenn der Verfasser recht sieht — der Fehler, der sich seit Menoch und Romagnosi durch die gemeine Doktrin bis auf unsere Tage zieht.

Denn das darf man nie vergessen, dass, da der Unterschied, welcher den beendigten Versuch vom unbeendigten trennt, immer nur ein relativer ist, beider Unterscheidungsmerkmale ihre Spitze nur gegen einander, nie nach aussen hin richten dürfen.

Unsere Unterscheidung soll über den Parteien stehen, sie darf niemals zum Parteigänger herabgewürdigt werden.

Um jedes Missverständnis zu beseitigen, sei sogar noch ausdrücklich hervorgehoben, dass auch die Zumutung, dem absolut untauglichen Versuch gegenüber Stellung zu nehmen, oder ihn etwa gar vom Bereich des beendigten Versuchs auszuschliessen, entschieden abgelehnt werden muss.

Wenn man vielleicht den Einwand erheben wollte, der absolut untaugliche Versuch sei überhaupt ganz ungefährlich, könne also niemals intensiv gefährlicher werden, so muss dem gegenüber festgehalten werden, dass auch schon diese Behauptung eine petitio principii enthält. Denn wer sich auf Kohlers Standpunkt stellt, welcher auch in dem absolut untauglichen Versuch eine Gefährdung, und zwar die der „Rechtsordnung" sieht, für den ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, auch den absolut untauglichen Versuch zu der intensiven Gefährlichkeit eines beendigten Versuchs emporwachsen zu sehen[6]).

Ebensowenig trifft der Einwurf zu, dass wenigstens die ganz subjektive Theorie sich überhaupt um Gefahr nicht kümmere, und mithin die für den beendigten Versuch festgestellte Eigenschaft für sie a priori nicht in Betracht komme. Schliesslich straft jene Theorie doch den verratenen verbrecherischen Willen, der diesmal aller-

[6]) Wenn Berner, Lehrb. § 77, den absolut untauglichen überhaupt vom Gebiete des Versuchs und, Gerichtssaal a. O. XVII S. 92, noch besonders von dem des beendigten Versuchs ausschliesst, so thut er das, weil er beim absolut untauglichen Versuch überhaupt die gesetzlichen Erfordernisse des Versuchs vermisst, als da sind: „zur Vollbringung der Missethat dienstliche Werke" (art. 178 d. C. C. C.), oder „Anfang der Ausführung" (§ 43 R. Str. G. B.). Gegen Berner übrigens Kohler, a. O. I. S. 9. § 2. Doch auch eine Kritik dieses Widerstreites der Ansichten fällt ausserhalb des Rahmens unserer Aufgabe.

dings vielleicht ganz unschädlich blieb (so beim absolut untauglichen Versuch u. s. w.), am letzten Ende aus dem Grunde, weil er ein anderes Mal besser zum Ziele gelangen könnte, und dann wird die Gefahr, dass dem Verbrecher ein solcher Frevelmut zu eigen ist, beim beendigten Versuch eine besonders intensive. Wer aber bis zu dem Grade Subjektivist ist, auch eine solche Unterstellung abzulehnen, der wird doch zugeben müssen, dass beim Eintritt in das Stadium des beendigten Versuchs die Gefahr für den Thäter eine intensivere geworden ist, sich nun nicht mehr aus seiner Schuld herauswickeln zu können.

Will man die Neutralität bewahren, und darauf ist sicherlich das Hauptgewicht zu legen, so muss man eben das Wort „Gefahr" cum grano salis nehmen.

Die eigene Ansicht des Verfassers kommt hier gar nicht in Betracht, und er muss sich auch peinlich hüten, eine solche herausfühlen zu lassen, denn, was einzig sicher ist, und was auch einzig für die Feststellung des Unterschiedes zwischen unbeendigtem und beendigtem Versuch in Betracht kommt, ist und bleibt folgende Erwägung: der Thäter hat mit dem Eintritt in jenes Stadium des Versuchs von all' den Faktoren, welche noch eine Vermeidung des Erfolges bewirken konnten, den sichersten, vielleicht den einzig sicheren eliminiert, und ihm selbst bleibt zu eigener Verfügung entweder gar keiner mehr, oder doch nur einer, der jenes Resultat in viel unsicherem Maasse zu verwirklichen vermag.

Die Lage ist qualitativ verändert, denn alle jene Faktoren sind zumeist nicht nur von quantitativ, sondern auch von qualitativ ganz verschiedenem Werte. Geblieben müssen aber schliesslich immer noch einige sein, und sei es auch nur ein einziger, welche dann das Delikt zum Scheitern bringen.

III. Folgen aus diesem Verhältnis für die anzunehmende Formel.

Aus diesen Gründen folgt die Verwerfung der sog. subjektiven Formel, welche zum Zustandekommen des beendigten Versuchs fordert, dass „der Thäter alles gethan habe, was er zur Herbeiführung des Erfolges für nötig hielt"[7]).

[7]) So Köstlin, System des deutschen Strafrechts, Tübingen 1855. S. 241; Hälschner, preuss. Strafrecht, I. S. 205; Str. G. B. f. d. Kgr. Sachsen v. 13. August 1855, art. 40; H. Meyer, Lehrb. 1895, S. 216 ff. Zweifelhaft Breidenbach, Kommentar z. hess. Str. G. B., 1844, zu art. 68 II. S. 173.

Diese Formel stellt unsere Terminologie einseitig in den Dienst der subjektiven Theorie.

Was die sog. objektive Formel anbetrifft, welche zum Zustandekommen des beendigten Versuchs fordert, dass „der Thäter alles gethan habe, was zur Herbeiführung des Erfolges nötig war“ [8]), so kann man ihr zweierlei Arten der Behandlung angedeihen lassen:

Einmal eine strenge, welche sich strikt an den Wortlaut der Formel hält. Dann liegt das Widersinnige der gestellten Anforderungen auf der Hand. Wenn nämlich der Thäter alles gethan hätte, was zur Herbeiführung des Erfolges „nötig war“, dann wäre der Erfolg eben eingetreten; der Nichteintritt beweist ja gerade, dass der Thäter nicht alles gethan hat, was zur Herbeiführung des Erfolges nötig war[9]).

Dieser Widersinn wird auch nicht beseitigt durch die Hinzufügung der Worte „von seiner Seite“ [10]). Denn der Mensch ist doch kein Automat, so dass von ihm nur eine maschinelle Thätigkeit erfordert wird; er wusste doch, dass die von ihm entwickelte Kausalreihe nicht isoliert wirken würde, und musste doch von aussen möglicherweise hinzutretende Umstände mit in den Kreis seiner Betrachtungen ziehen.

Lässt man aber jener objektiven Formel eine — wenn der Ausdruck gestattet ist — loyale Behandlungsweise angedeihen, d. h. nimmt man sie nicht wörtlich [11]), sondern ergänzt man etwa stillschweigend: „was in der Regel (d'ordinario, wie Romagnosi a. O. § 694 sagt) nötig war“ u. s. w., so verletzt man wieder die Neutralität.

---

[8]) So die meisten gemeinen deutschen Strafgesetzbücher; Zachariä, a. O. II. § 263 ff., und viele andere, besonders Carrara, a. O. S. 107, die italienischen Kodifikationen und die französische Doktrin.

[9]) Diese Erkenntnis muss auch der Scheidung der Delikte in formale und materielle den Todesstoss geben, wenigstens ihrer Herrschaft im Versuchsgebiet. Denn da man bei einem Versuch, auch bei dem der materiellen Delikte, überhaupt niemals verlangen kann, dass der Thäter alles gethan habe, was zur Herbeiführung des Erfolges nötig war, so wird man keine Ursache mehr haben, die sog. formalen Delikte, die das Stadium des beendigten Versuchs auch nur bei untauglicher Handlungsweise des Thäters erreichen können, vom Gebiet des beendigten Versuchs auszuschliessen.

[10]) So Bauer, Anmerkungen zum hannov. Entwurf S. 387 ff., derselbe: Kriminalrecht, 2. Ausg. § 68; ders.: Abhandlungen aus dem Strafrecht, Göttingen 1840, I. S. 331 ff. Übrigens auch Menoch, Carpzow, Böhmer, Koch, das A. L. R. und der Entw. Vegliani.

[11]) So Hufnagel, Komment. z. württemb. Str. G. B., Stuttgart 1839, I. S. 129 ff.

Diese Fassung würde nämlich inhärent die petitio principii enthalten, dass man der Theorie von dem relativen Objektivismus[12]), der potentiellen Kausalität[13]), der nachträglichen Prognose[14]) und wie man sie immer nennen mag, huldigt, welche zum Teil nur vom beendigten[15]), zum Teil vom Versuch überhaupt[16]) potentielle Kausalität, d. h. konkrete Gefährlichkeit fordert.

Und, jene Grundbedingung der Neutralität immer im Auge behaltend, muss man anerkennen, dass die Bernersche sog. dritte Formel[17]) den gestellten Anforderungen einer Legaldefinition am besten entspricht.

Sie verlangt bekanntlich weiter nichts als „Beendigung der zur Ausführung des Verbrechens erforderlichen Handlungen", als „Vollziehung der auf den Erfolg gerichteten Handlungen" oder „des Konsummationsaktes".

Man spürt auch nicht die leiseste Andeutung, welcher Versuchstheorie Berner eigentlich angehört.

Wie vorzüglich Berner die Neutralität zu wahren versteht, erhellt folgender Vorfall.

Berner (Lehrb. § 77 u. Anm. 3) schliesst bekanntlich (s. oben S. 56 Anm. 6) den absolut untauglichen Versuch vom Bereich des Versuchs überhaupt und damit natürlich auch von dem des beendigten Versuchs aus.

Für ihn fallen also — auf Grund seiner allgemeinen Theorie — nur realiter gefährliche Versuchshandlungen unter den Begriff des beendigten Versuchs.

Nichtsdestoweniger verführt der Indifferentismus der Fassung der Bernerschen Formel des beendigten Versuchs einen Subjektivisten wie H. Meyer dazu, zu behaupten, Berners Formel unterschiede sich in nichts von seiner eigenen subjektiven: „was vom Thäter zur Herbeiführung des Erfolges bestimmt war"[18]).

---

[12]) So Romagnosi, a. O. § 694. Wohl auch Weber, a. O. S. 21 ff.; Hufnagel, a. O. S. 129 ff.

[13]) So Cohn, a. O. S. 307, dessen „Versuch" im allgem. identisch mit unserem „beendigten Versuch" ist.

[14]) So v. Liszt, Lehrb. § 47, S. 184, der allerdings nicht in den Fehler verfällt, seiner Definition des beendigten Versuchs, a. O. S. 174 § 45, diese seine Theorie schon gleich als petitio principii unterstellen zu wollen.

[15]) So Romagnosi, Weber, Hufnagel a. O., und auch wohl Cohn.

[16]) So v. Liszt und — wenn auch aus anderen Gründen — Berner.

[17]) Lehrb. § 78, Gutachten a. O. S. 7; so auch schon das bayr. Str. G. B. von 1813 art. 60; Krug a. O. S. 34 ff.; Pfenniger a. O. S. 788, v. Liszt, Lehrb. S. 174.

[18]) Lehrb. a. O. S. 216 ff. Anm. 76.

Ein glänzenderes Zeugnis kann Berner wohl nicht ausgestellt werden, als dass sein Gegner, ein Subjektivist, Berners, des (allerdings gemässigten) Objektivisten, Formel für seine eigene hält.

Berners Formel führt mit der oben (S. 55) gegebenen zu gleichen Ergebnissen.

Nur könnte, wenn der Verfasser recht sieht, Berners Formel — und sie hat es — bei ungenauer Interpretation zu Missverständnissen führen[19]). Aber auch diese werden vermieden, wenn man die von Berner (Gutachten S. 6) zuerst gefundene Definition „beendigte Ausführungsthätigkeit" beibehält. Diese vermeidet jeden Zweifel, welchen die Worte „auf den Erfolg gerichtete", bezw. „zur Ausführung des Verbrechens erforderliche Handlungen" noch übrig lassen könnten, und hat vor der oben (S. 55) gegebenen Erklärung den Vorteil positiver Fassung voraus[20]).

Es versteht sich natürlich von selbst, dass, je nach der allgemeinen Versuchstheorie, der man anhängt, die Stufe des beendigten Versuchs das allerverschiedenste Gepräge aufweisen wird; doch innerhalb jeder Theorie wird der beendigte Versuch jedesmal dieselbe Stellung einnehmen.

Wenn Berner recht hat, so liegt in den Worten des § 43 „Anfang der Ausführung" schon der Hinweis auf eine reale Gefährdungstheorie (so Lehrb. § 77); hat Kohler (Studien I. S. 9 § 2) recht, so lässt das Gesetz die Frage noch offen.

Wie dem auch sei — prinzipiell betrachtet —, ist es schwer, sich darüber zu entscheiden, ob ein Gesetz bezüglich jener brennenden Frage aus seiner Reserve heraustreten soll. Was jedenfalls mit Sicherheit gesagt werden kann, ist, dass eine solche authentische Interpretation nur dem Grundparagraphen des Versuchs angehängt, keinesfalls aber einer Legaldefinition unserer Unterscheidung oktroyiert werden dürfte.

[19]) Denn ebenso leicht, wie ein Subjektivist missverständlich Berners Formel für sich in Anspruch nehmen konnte, könnte sie ein Objektivist vindizieren, mit der Unterstellung, eine Handlung sei nur „auf den Erfolg gerichtet", wenn sie auch in concreto vollkommen tauglich gewesen sei.

[20]) Beide Definitionen haben übrigens die gemeinsame Eigenschaft, den in concreto vorliegenden Umständen freiesten Spielraum zu lassen. Ein Beispiel zeigt das am besten, das Schulbeispiel von der Vergiftung durch den Krankenwärter. Diese Vergiftung ist in concreto erst dann beendigter Versuch, wenn der Thäter, d. h. also der Krankenwärter, die vergiftete Medizin dem Kranken, der ohne sein Zuthun Speise nie zu nehmen pflegte, eingegeben hat. Bei einem andern würde vielleicht schon das Mischen des Giftes in den Trank genügen. So schon Breidenbach und Hufnagel.

Den Eintritt der relativ ausgezeichneten Versuchsstufe markiert einzig und allein nur eine Formulierung, welche der Bernerschen im wesentlichen entspricht.

IV. Prozessuale Seite unseres Unterschiedes; Verhältnis zur Anstiftung.

1. Ältere Kriminalisten wollen mitunter noch ein anderes Symptom für das qualitative Wesen des Unterschiedes zwischen unbeendigtem und beendigtem Versuch finden, und zwar in der Verschiebung der Beweislast. Sie meinen, dass bei dem unbeendigten Versuch zu Gunsten einer Freiwilligkeit des Rücktritts von seiten des Thäters präsumiert werden müsse, während bei dem beendigten Versuch dem Thäter seinerseits die Beweislast aufzubürden sei, dass der Nichteintritt des Erfolges seiner eigenen Thätigkeit zu danken sei[21]).

Natürlich entspricht eine solche Verteilung der Beweislast nicht den Grundprinzipien unseres heutigen Strafprozesses. Heute wird die Sache erledigt, je nachdem man auf dem Standpunkt des Reichsgerichts (Strafausschliessungsgrund) steht oder nicht (Schuldausschliessungsgrund)[22]), durch Vorlegung der Fragen im Sinne des § 295 Abs. 2, resp. des § 293 der Str.P.O., und das in beiden Fällen des § 46 des Str.G.B. gleichmässig.

2. Gemeinrechtliche Juristen[23]) und Partikulargesetzbücher[24]) versuchen schliesslich noch die „Anstiftung“ mit den Stufen des unbeendigten und beendigten Versuchs zu kombinieren. Mit Recht führt Berner[25]) dagegen aus, dass die Anstiftung, auch wenn sie nicht gelinge, niemals Versuch und daher auch nicht unbeendigter oder beendigter Versuch sein könne. Damit sind wir der Notwen-

---

[21]) Vgl. darüber Goldtammers Archiv VIII S. 624, wo sogar, konsequent der Gleichstellung des beendigten Versuchs mit dem délit manqué, dem Thäter bei dem beendigten Versuch der Beweis der thätigen Reue verschlossen bleibt. Das bedeutet aber keine praesumptio juris et de jure zu Lasten des Thäters beim beendigten Versuch, sondern im Sinne des Obertribunals einen wesentlichen Bestandteil dieses Begriffes. Vgl. auch Breidenbach, a. O.; nicht dasselbe meinen dagegen das bayr. Str. G. B. von 1813 im art. 58 und Rossi, a. O. II. Kapitel 32.

[22]) Vgl. darüber Entsch. in Strafsachen III. 249 und VI. 341; oben S. 35 Anm. 19.

[23]) Köstlin u. Zachariä, a. O. II. § 165.

[24]) Hessen, art. 76—78.

[25]) Gutachten a. O. § 4, 5; ders.: „Teilnahme“, 1847, S. 308 ff.

digkeit überhoben, die Anstiftung auf ihre Zugehörigkeit zum unbeendigten oder beendigten Versuch untersuchen zu müssen.

V. Aufstellung eines Systems; über dessen Aufnahme in das R. Str. G. B.

Es ergiebt sich demnach folgendes System:

Der Versuch zerfällt in:

1. *unbeendigten Versuch: dieser ist die unbeendigte verbrecherische Ausführungsthätigkeit;*
2. *beendigten Versuch: dieser ist die beendigte verbrecherische Ausführungsthätigkeit, welche den rechtswidrig gewollten Erfolg nicht nach sich gezogen hat.*

Strafbar ist:

1. *der unbeendigte Versuch, der abgebrochen werden musste infolge von Umständen, welche unabhängig von dem Willen des Thäters waren;*
2. *das fehlgeschlagene Verbrechen, d. h. diejenige Stufe des beendigten Versuchs, wo der rechtswidrig gewollte Erfolg ausblieb infolge von Umständen, welche unabhängig von dem Willen des Thäters waren.*

Straflos sind:

1. *der unbeendigte Versuch, den der Thäter freiwillig abbrach;*
2. *der beendigte Versuch im engeren Sinne, d. h. diejenige Stufe des beendigten Versuchs, wo der Thäter den rechtswidrigen Erfolg durch eigene Thätigkeit abwandte*[26]).

Wenn nun schliesslich Berner[27]), trotz der Bejahung des qualitativen Wesens des Unterschiedes, der Möglichkeit der Legaldefinition und der Gerechtigkeit einer verschiedenen kriminellen Behandlung, es ablehnt, eine dahingehende Reform in unserm R. Str. G. B. zu befürworten, so thut er dies nur aus Bedenken, die ihre Wurzel in Zeitverhältnissen und in dem System unseres R. Str. G. B. haben. Berner bemerkt ganz richtig, dass unser Str. G. B. die allerwichtigsten qualitativen Unterschiede der blossen Strafzumessung überlasse. Es sei also eine Durchbrechung des ganzen Systems, wollte man für den unbeendigten und beendigten Versuch besondere Strafsätze aufstellen. Eine solche Durchbrechung lasse sich nur durch ein tiefempfundenes Bedürfnis rechtfertigen, welches aber keineswegs vorliege.

---

[26]) Das Erfordernis des § 46 no. 2 des R. Str. G. B. „zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war", gehört jedenfalls nicht in das System. Seine Berechtigung sogar als gesetzliches und kriminal-politisches Erfordernis bestreitet übrigens Berner, Gutachten S. 38.

[27]) Gutachten § 9.

Diese Ansicht sprach Berner 1876 aus. Nun sind allerdings seitdem Novellen zum Str.G.B. geschaffen worden; ob aber diese materiellen Veränderungen auch eine Änderung in dem System mit sich gebracht haben, eine Änderung wenigstens in dem Sinne, dass der Boden der Aufnahme einer Unterscheidung, wie der in unbeendigten und beendigten Versuch, günstiger wäre, das unterliegt gerechten Zweifeln.

Daher wird man wohl nicht umhin können, auch heute noch der Ansicht, die Berner 1876 aussprach, eine aktuelle Bedeutung zuzuschreiben.

Thesen.

I.

Die unerlaubte Selbsthilfe ist eine im Reichsstrafgesetzbuch nicht behandelte Materie.

II.

Das richterliche Prüfungsrecht ist bezüglich der Reichsgesetze, ebenso wie bezüglich der preussischen, lediglich ein formelles.

III.

Die Lesart des Florentiner Kodex „ei cujus nomine restitui aequum est "in l. 10 D. si pars hereditatis petatur V. 4 ist anscheinend interpoliert.

IV.

Das Charakteristikum des allgemeinen kirchlichen Lokalinterdikts ist dessen Radizierung auf einem — sei es auch noch so kleinen — Teil der Erdoberfläche.

V.

Das im cap. 9 Schwsp. (Lassb. Ausg.) dem insolventen Ehemann gewährte einseitige Angriffsrecht auf das Immobiliarvermögen seiner Frau für voreheliche Schulden bei beerbter Ehe beruht auf der unbedingten Alimentationspflicht der gemeinschaftlichen Kinder gegenüber ihrem Vater.

VI.

Dem Prinzip, dass mit der Abnahme der Intestatportion die Pflichtteilsquote steigt, liegt ein richtiger wirtschaftlicher Gedanke zu Grunde.

Lebenslauf.

Am 17. Dezember 1874 wurde ich, James Paul Goldschmidt, zu Berlin als Sohn des Banquiers Robert Goldschmidt und seiner Ehefrau Emilie, geb. Bressler, geboren. Ich gehöre der mosaischen Religion an. Meine Schulbildung erhielt ich auf dem Kgl. Französischen Gymnasium zu Berlin, welches ich Ostern 1892 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Hierauf habe ich 6 Semester, in Berlin (2 Semester), Heidelberg (1 Semester) und wieder Berlin (3 Semester), die Rechte studiert. Ich hörte die Vorlesungen der Herren Professoren Aegidi, Brunner, Dambach, Dernburg, Eck, Kuno Fischer, v. Gneist, Gradenwitz, Heinze, Hinschius, Hübler, Jellinek, Kohler, Georg Meyer, Mendel, Paulsen, Pernice, Rubo, Erich Schmidt, Schmoller, Schröder, Wagner, Weber und bei den Herren Privatdocenten Heilborn, Oertmann, Preuss und nahm an den Seminarien und praktischen Übungen der Herren Professoren Boeckh, Brunner, Hübler, Kohler, Pernice, Wagner und der Herren Privatdocenten Oertmann, Preuss teil. Am 31. Mai 1895 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung beim Kgl. Kammergericht, am 26. November 1895 das Rigorosum vor der juristischen Fakultät der Kgl. Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin. Seit dem 17. Juni 1895 arbeite ich als Referendar im Justizdienst.

Allen meinen hochverehrten Herren Lehrern, insbesondere den Herren Mitgliedern der Berliner juristischen Fakultät, erlaube ich mir, für das mir unausgesetzt zu teil gewordene rege Wohlwollen an dieser Stelle meinen ehrfurchtsvollen Dank auszusprechen.